



DERECHO CIVIL II

TEORÍA GENERAL DE LOS BIENES

Introducción general de la materia (materia excluida del cedulario, se recomienda su lectura para una mejor comprensión)

Reglamentación: La materia que veremos a continuación se encuentra reglamentada en el **Libro II del Código Civil**, “*De los bienes y de su dominio, posesión y goce*”, arts. 565 y ss.

Consideraciones respecto de los términos “cosa” y “bien”.

- Para algunos autores se trata de vocablos sinónimos.
- Otros autores sostienen que las cosas son bienes en cuanto prestan utilidad a las personas.
- Hay quienes señalan que las cosas son bienes cuando son susceptibles de relaciones jurídicas.

Nuestro CC en el **art.565** nos dice que los bienes consisten en cosas corporales e incorporeales. Por consiguiente, nuestro Código los hace sinónimos. Por tanto, *cosa es todo lo que tiene existencia excepto las personas*; de tal suerte que en el universo habría personas y cosas, y todo lo que no es persona es una cosa.

Principales clasificaciones de las cosas:

1.- Atendido a si pueden ser o no percibidas por los sentidos (art.565):

- a) cosas corporales: *son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos.*
- b) cosas incorporeales: *son los meros derechos, como los créditos o las servidumbres activas.*

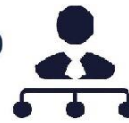
Las cosas incorporeales a su vez se dividen en: derechos reales (art.577) y derechos personales (art.578).

2.- Bienes muebles y bienes inmuebles (art.566).

El CC no define de manera genérica lo que entiende por muebles e inmuebles, sino que va definiendo las distintas categorías de muebles e inmuebles. Pero la doctrina ha conceptualizado a los bienes muebles e inmuebles de la siguiente manera:

- a) bienes muebles: *son los que pueden transportarse de un lugar a otro sin detrimento y sin que se altere su naturaleza.*

Subclasificación de los bienes **muebles**:



a.1) Muebles por naturaleza: son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas a sí mismas, sea que solo se muevan por una fuerza externa. Por tanto, es posible distinguir entre:

- Semovientes: son las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro moviéndose ellas a sí mismas (ej. los animales).
- Cosas inanimadas: aquellas que pueden transportarse en virtud de una fuerza externa (ej. un lápiz, una botella).

a.2) Muebles por anticipación: son los productos de los inmuebles o cosas que adhieren a un inmueble, que se reputan muebles antes de su separación para el solo efecto de constituir sobre ellas un derecho en favor de una persona distinta de su dueño. Ej.: los frutos de un árbol mientras siguen unidos al árbol y su dueño quisiese venderlos antes de su separación.

*Consideración: El CC nos advierte que el término *bienes muebles* sin otro calificativo se refiere solamente a los muebles por naturaleza y no a los muebles por anticipación.

b) bienes inmuebles: *aquellas cosas que no pueden trasladarse de un lugar a otro sin detrimento y sin que se altere su naturaleza.*

Subclasificación de los bienes inmuebles:

b.1) Inmueble por naturaleza: *aquellas cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro* (ej.: minas (depósitos minerales) y tierra).

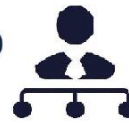
b.2) Inmuebles por adherencia: *aquellas cosas naturalmente muebles que se encuentran incorporadas permanentemente a una cosa mueble* (ej.: edificios y árboles).

b.3) Inmuebles por destinación: *aquellos bienes muebles por naturaleza que se encuentran destinados permanentemente al uso, cultivo y beneficio de un inmueble, sin embargo que puedan separarse sin detrimento* (ej. lozas de un pavimento, los tubos de las cañerías, los utensilios de labranza o minería, etc.).

Clasificación de los muebles e inmuebles respecto de las cosas incorpóreas.

El CC refiriéndose a las cosas incorpóreas nos dice que los derechos y acciones también se clasifican en muebles e inmuebles, art.580: *Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles según lo sea la cosa en que han de ejercerse o que se debe. Así el derecho de usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble; y la acción del que ha prestado dinero, para que se le pague, es mueble.* Art.581. *Los hechos que se deben se reputan muebles.*

Recordemos que respecto a los derechos incorpóreas estos consisten en meros derechos, y estos pueden ser **derechos reales** y **derechos personales** (art.565), tanto de los derechos reales como de los derechos personales nacen sus respectivas acciones. Así tenemos:



- Derechos y acciones reales: el derecho será mueble o inmueble según lo sea la cosa sobre la cual se ejerce. Por consiguiente, el derecho real sobre una cosa mueble es un derecho real mueble; y el derecho real sobre una cosa inmueble es un derecho real inmueble.
- Derechos personales: el derecho personal será mueble o inmueble según lo sea la cosa que se debe (porque siempre tendremos una obligación correlativa)

*Si lo que se debe es un hecho o una abstención, los hechos se reputarán muebles.

Diferencias entre cosas muebles e inmuebles.

▪ *En materia de modos de adquirir:*

La ocupación solo permite adquirir cosas muebles, porque este modo necesita entre otros requisitos que la cosa no pertenezca a nadie, y en nuestro país no hay inmuebles vacantes, porque los inmuebles que están situados dentro del país que no tengan dueño pertenecen al Estado.

La accesión permite adquirir tanto cosas muebles como inmuebles.

La prescripción permite adquirir cosas muebles o inmuebles, pero para adquirir una cosa mueble por prescripción ordinaria se requieren de 2 años, en cambio para inmuebles se requieren de 5 años. Hay mayor protección a los inmuebles.

La tradición permite adquirir tanto muebles como inmuebles, pero el sistema para tradir cosas muebles es muy distinto al sistema para tradir cosas inmuebles. Para cosas inmuebles se creó el CBR, la tradición se hace inscribiendo el título en el Conservador de Bienes Raíces respectivo.

La sucesión por causa de muerte permite adquirir tanto muebles como inmuebles. Pero para la adquisición de inmuebles el legislador ha sido más exigente que tratándose de bienes muebles.

La ley permite adquirir tanto bienes muebles como inmuebles.

▪ *En materia posesión.* La posesión puede recaer sobre muebles e inmuebles.

La posesión de una cosa mueble se adquiere mediante la tenencia de una cosa corporal con ánimo de señor o dueño. La posesión de una cosa inmueble se adquiere, en principio, mediante la inscripción del inmueble en el registro de propiedad del CBR.

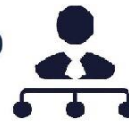
El CC es más exigente en materia de capacidad para adquirir la posesión de los inmuebles que para adquirir la posesión de bienes muebles.

El CC protege a los inmuebles mediante acciones posesorias, no ocurre lo mismo con los muebles.

▪ *En materia de contratos.*

Ciertos contratos solo pueden recaer sobre cosas muebles (ej.: el contrato de mutuo, el contrato de prenda).

Ciertos contratos solo pueden recaer sobre cosas inmuebles (ej.: el contrato de hipoteca, el contrato de censo, la anticresis (contrato mediante el cual se entrega una cosa raíz al acreedor para que se pague con sus frutos).



- *En materia de régimen de bienes de sociedad conyugal.* Para determinar a qué haber (absoluto o relativo) ingresan los bienes.
- *En materia de derecho procesal.* Para determinar la competencia relativa de los tribunales.
- *En materia de derecho comercial.* En principio los actos de comercio solo pueden referirse a bienes muebles.

3.- Cosas consumibles y cosas no consumibles:

a) cosas consumibles: *son aquellas en la que al hacerse uso según la naturaleza se destruyen.*

b) cosas no consumibles: *son aquellas que pueden usarse sin que se destruyan* (permiten un uso más prolongado de la cosa, no implica que la cosa nunca se vaya a destruir).

Importancia de la clasificación: respecto de las cosas consumibles no se puede establecer ninguna relación jurídica que imponga el deber de restitución o devolución, por tanto no podría haber una mera tenencia respecto de cosas consumibles, en el sentido de que el mero tenedor tenga que devolverla a quien sea su propietario.

4.- Cosas fungibles y no fungibles.

a) cosas fungibles: *son aquellas que por tener un mismo poder liberatorio, se pueden reemplazar unas por otras* (son intercambiables).

b) cosas no fungibles: *son aquellas que por no tener un mismo poder liberatorio no pueden ser reemplazadas unas por otras.*

Importancia de la clasificación: tratándose de cosas no fungibles no puede cumplirse la obligación sino con aquella cosa que se está debiendo, no con otra. En cambio, si las cosas son fungibles, la obligación se podrá cumplir con cualquiera cosa que pertenezca al mismo género.

5.- Cosas comerciables y no comerciables.

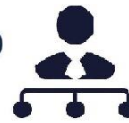
a) cosas comerciables: *son aquellas susceptibles de relaciones jurídico-privadas.*

b) cosas no comerciables/incomerciables: *son aquellas no susceptibles de relaciones jurídico-privadas.*

Cuando hablamos de una cosa susceptible de relaciones jurídico-privadas, estamos haciendo referencia que respecto de ella podemos constituir un derecho real o bien que esa cosa puede ser objeto de una relación personal y de una obligación correlativa (derecho personal).

Cosas incomerciables:

- Las cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres (ej.: el alta mar).



- Los bienes nacionales de uso público, es decir, aquellos bienes cuyo dominio pertenece a la nación toda y cuyo uso pertenece generalmente a todos los habitantes de ella (ej. calles, plazas, caminos, etc.).
- Las cosas consagradas al culto divino, quedan sujetas al Derecho canónico quien establece su inencomerciability.
- Las cosas embargadas por decreto judicial (art.1464).
- Las cosas cuya propiedad se litiga, recordemos que es necesario que lo que se este discutiendo en el juicio sea su dominio.

Importancia de la clasificación: solo puede haber relaciones jurídicas respecto de las cosas comerciables.

7.- cosas divisibles e indivisibles.

a) cosas divisibles: *son aquellas susceptibles de fraccionamiento físico o intelectual.*

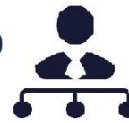
b) cosas indivisibles: *son aquellas no susceptible de fraccionamiento físico o intelectual.*

Clases de divisibilidad e indivisibilidad.

- cosas físicamente divisible: lo es cuando la cosa se puede fraccionar en partes conservando cada una de ésta su misma naturaleza y teniendo un valor proporcional al todo. Ej.: un animal es físicamente indivisible porque si a una vaca la dividimos en cuatro partes, cada parte no es una vaca, por consiguiente no conserva la misma naturaleza que la cosa dividida, y cada cuarto no vale el 25% del valor de la vaca, cada parte es una parte sanguinolenta. En cambio, si tenemos una barra de oro de 100 centímetros, y la dividimos en 10 partes, cada porción sigue siendo oro y cada parte vale la decima parte del metro de oro.
- cosa intelectualmente divisible: lo es si podemos fraccionarla mediante un acto de la inteligencia, suponiendo derechos putativos respecto de ella. Ej.: en el caso del animal podríamos suponer que mediante un acto de la inteligencia pertenece a 4 personas cada una de las cuales es dueña del 25% del dominio de ese animal, y que si ese animal ganara un premio, cada uno de sus dueños reciba el 25% de ese premio o distribuir entre sus propietarios el tiempo y el servicio que preste el animal.

Regla general: *No hay ningún bien que no pueda dividirse intelectualmente, porque no hay ningún bien a cuyo respecto no podamos concebir derechos putativos sobre ellos.*

Divisibilidad e indivisibilidad en el CC. El CC no hace una clasificación de las cosas en divisibles e indivisibles, pero sí se refiere a esta materia a propósito de las obligaciones, cuando regula las obligaciones divisibles e indivisibles, art.1524.



Importancia de esta clasificación: su importancia radica fundamentalmente en la existencia de obligaciones con pluralidad de sujetos. En efecto, si nos encontramos con una obligación en que hay varios deudores y/o varios acreedores, cada acreedor solo podrá exigir su cuota en el crédito y cada deudor está obligado a pagar solo su cuota en la deuda, a menos que la obligación recaiga sobre una cosa indivisible, porque en ese caso cada acreedor puede exigir el pago total, y cada deudor deberá satisfacer la integridad de la prestación.

8.- Cosas principales y cosas accesorias.

- a) cosas principales: *aquellas que pueden subsistir por sí solas sin necesidad de otra cosa.*
- b) cosas accesorias: *aquellas que para subsistir requieren de otra cosa principal.*

9.- Cosas apropiable y cosas inapropiable.

- a) cosas apropiable: *aquella susceptible de constituir sobre ella un derecho de dominio.*
- b) cosas inapropiable: *aquella no susceptible de constituir sobre ella un derecho de dominio.*

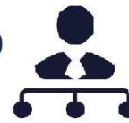
CÉDULA N° 12: EL DOMINIO.

12.1.- CONCEPTO LEGAL Y SUS CRÍTICAS.

Concepto legal: El Inc. 1 del Art. 582 CC dice que *el dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra ley o contra derecho ajeno.*

Como se aprecia el legislador en el Art. 582 ha hecho sinónimas las expresiones dominio y propiedad, sin embargo para algunos autores se trata de expresiones distintas. Así para algunos el dominio tiene un carácter subjetivo, por cuanto se refiere a las facultades que tiene el dueño sobre la cosa objeto de su dominio; mientras que la propiedad tendría un carácter objetivo, por cuanto se refiere al hecho de pertenecer la cosa objeto del dominio a su titular. Para otros el dominio es aquel que recae sobre cosas corporales, mientras que la propiedad es la que recae sobre toda clase de bienes corporales e incorporales.

Por otro lado, como acabamos de señalar el Art. 582 habla del derecho real en una cosa corporal en circunstancia de que el Art 583 y 584 reconocen que el dominio puede recaer sobre cosas incorporales. En efecto el Art. 583 señala que *sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad; así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo* y por su parte el Art. 584 expresa que *las producciones del talento y del ingenio son una propiedad para sus autores*. De ahí que la definición del Art. 582 debe entenderse completada por estos preceptos.



Críticas al concepto:

1.- Más que una definición, es una *descripción* (hace referencia a las características o atributos) del derecho de dominio, porque nos señala cómo es que se materializa el dominio (en las facultades de gozar y disponer) pero no dice concretamente qué es este derecho real.

2.- Es incompleta, porque no menciona dos características del dominio, cual son su carácter exclusivo, excluyente, y perpetuo.

3.- Pone demasiado énfasis en el carácter absoluto del dominio (carácter arbitrario), el cual está determinado por la expresión “*arbitrariamente*” que utiliza el Art.582, siendo que ésta sería la característica más relativa del dominio. En efecto, el dominio nada tiene de arbitrario, ya que el propio artículo establece dos grandes limitaciones al dominio: la ley y el derecho ajeno.

4.- Omite un atributo clásico del dominio, cual es la facultad de usar la cosa (aunque actualmente se entiende que la facultad de usar está comprendido dentro de la facultad de gozar).

5.- Entraña una concepción del dominio marcadamente individualista, aunque en estricto rigor el legislador sólo se limitó a recoger la opinión dominante en la época de la dictación del Código (1855).

Concepto moderno de dominio. Actualmente se entiende que el dominio no es una simple suma de facultades, sino que es un señorío, unitario, independiente y cuando menos virtualmente universal sobre una cosa del mundo externo. Entonces analicemos cada parte de éste concepto:

a) Es un *señorío*, o sea, un poder.

b) *unitario*, vale decir, las facultades inherentes al dominio no son derechos distintos de éste, sino que sólo una manifestación del mismo.

c) *independiente*, esto es, tiene existencia autónoma (no necesita de otro derecho para existir).

d) *cual cuando menos virtualmente universal sobre una cosa del mundo externo*, es decir, el dominio confiere a su titular las facultades más amplias que se puede tener sobre una cosa del mundo externo, esto es, usar, gozar y disponer de ella.

Y si en algún momento se constituye un derecho real distinto y limitativo del dominio sobre la misma cosa, la universalidad continúa, ya que en algún momento el propietario deberá recobrar todas sus facultades, debido a que la coexistencia del dominio con otros derechos reales es siempre temporal.

12.2.- CARACTERÍSTICAS.

1) Es un ***derecho real***, vale decir, se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona (art.577). Este derecho real será mueble o inmueble según la cosa en que se ejerza. Está protegido por una acción real: la acción reivindicatoria.



2) Es un ***derecho absoluto o general***, porque otorga el mayor número de facultades que una persona puede tener sobre una cosa, esto es, usar, gozar y disponer de ella.

Cabe tener presente que el dominio no importa un derecho despótico o arbitrario, pues presenta dos importantes limitaciones: la ley y el derecho ajeno.

3) Es un ***derecho exclusivo y excluyente***, por dos razones:

a) Porque supone que su titular es el único facultado para usar, gozar y disponer de la cosa objeto de su dominio, y por ende, para impedir que cualquier otra persona penetre, gobierne o entre en contacto con la cosa objeto de su dominio, como así mismo para impedir que cualquiera lo perturbe en el ejercicio de sus facultades.

*La doctrina ha ido elaborando algunas excepciones a esta característica que estarían dadas fundamentalmente por el llamado derecho de uso inocuo; el derecho de acceso coactivo; y el principio del mal menor (estado de necesidad):

1.- *derecho de uso inocuo*: es aquel que se tiene sobre una cosa de otro para usar la misma cosa y sin que ese uso cause daño alguno al propietario o bien sólo se lo cause de una manera insignificante, algunos autores menciona como ejemplo el Art. 620 que permite la dueño de la colmena perseguir a las abejas fugitivas en suelo ajeno con tal que éste no esté cercado ni cultivado.

2.- *derecho de acceso forzado o coactivo*: es aquel que tiene el dueño o administrador de una cosa para ingresar transitoriamente a una propiedad ajena para realizar algún acto relativo a la utilización de ese objeto. Por ejemplo, el Art. 943 que permite recoger los frutos caídos en suelo ajeno con tal que se cuente con la autorización del dueño del predio, el cual de acuerdo a esta norma está obligado a concederlo.

3.- *principio del mal menor*: en cuya virtud cualquier persona puede aprovecharse de una cosa ajena para salvar otra cosa o un bien jurídico de mayor jerarquía ante un peligro inminente.

b) porque sobre una misma cosa NO pueden coexistir dos o más derechos de dominio distintos.

Consideraciones:

a) El derecho de dominio puede coexistir con otros derechos reales distintos a él;
b) la copropiedad es compatible con esta característica, porque lo que aquí ocurre es que hay un solo derecho de dominio, pero que tiene varios titulares.

4) Es un derecho ***perpetuo***, lo que se refleja en dos aspectos:

a) El derecho de dominio existe mientras subsiste la cosa sobre la cual recae. En consecuencia, si el propietario transfiere o transmite su derecho, éste en sí mismo se mantiene, continúa siendo el mismo, sólo que habrá cambiado de titular.

Sin embargo algunos autores reconocen a esta característica al menos dos excepciones:



1.- El así llamado por Daniel Peñailillo **dominio revocable**, cuyo ejemplo más característico sería la propiedad fiduciaria, la cual se define como *aquella que está expuesta a extinguirse por el evento del cumplimiento de una condición*.

2.- Se presenta a propósito de la expropiación en la así llamada **retrocesión**, en cuya virtud el objeto expropiado debe volver al patrimonio del sujeto expropiado cuando el agente expropiante no lo utiliza para el fin que justificó la expropiación (en todo caso, esta excepción es sumamente discutible).

b) El derecho de dominio no se extingue por su no uso. Pero hay que tener presente que si a esa circunstancia se le agregan la posesión por parte de un tercero, el transcurso del tiempo y los demás requisitos legales, el derecho se extinguirá por prescripción adquisitiva a favor del tercero (Art. 2517 CC).

5) Es un **derecho elástico**, es decir, tiene la virtud de reducirse y volver a expandirse por la concurrencia de otros derechos reales distintos y limitativos del dominio. Ej.: supongamos que se constituye un usufructo: el dominio se restringe o reduce porque las facultades de usar y gozar pasan al usufructuario. Pero extinguido el usufructo, el propietario recuperará las facultades de que se había desprendido, produciéndose la *consolidación* de la propiedad, de manera que el dominio vuelve a expandirse en plenitud.

Al respecto Daniel Peñailillo agrega la característica de la abstracción del dominio, es decir el poder del titular es independiente de las facultades que lo integran, de manera que si una facultad se extrae, el dominio persiste sin desnaturalizarse, en este sentido frente a la concurrencia de otros derechos reales distintos y limitativos del dominio el propietario no pierde sus facultades de uso y goce, sino que éstas se inhiben pasando solamente el ejercicio de esos atributos a un tercero, y por tanto cuando se extingue el derecho real distinto y limitativo del dominio la facultades que dormían vuelven a despertar.

12.3.- CLASIFICACIÓN DEL DOMINIO.

1.- Según su extensión. Se distingue entre: a) plena propiedad; y b) nuda propiedad.

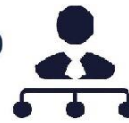
a) **Plena propiedad**: es aquella que está provista de todas las facultades inherentes al dominio, esto es de las facultades de usar, gozar y disponer de la cosa.

b) **nuda propiedad**: es aquella desprovista o separada de los atributos de uso y goce (Art. 582 Inc. 2). Ej.: cuando se constituye un derecho de usufructo, ya que éste supone necesariamente la coexistencia de dos derechos: el de usufructuario, que tiene el uso y goce de la cosa; y el de propietario (nudo), que conserva la facultad de disposición.

Consideraciones:

1.- La acción reivindicatoria corresponde tanto al que tiene la plena propiedad, como al que sólo tiene la nuda (Art. 893 CC).

2.- La nuda propiedad puede transmitirse y transferirse.



3.- Los derechos reales de goce en cosa ajena siempre tienen una duración temporal, de manera que, una vez extinguido, se produce la *consolidación* de la propiedad (Art. 765 Inc.).

2.- Según su duración. Se distingue entre: a) propiedad absoluta; y b) propiedad fiduciaria.

a) **Propiedad absoluta:** es aquella que no está expuesta a perderse por el evento de cumplirse una condición, de manera que su duración es ilimitada.

b) **propiedad fiduciaria:** es aquella que está expuesta a perderse por el evento de cumplirse una condición (Art. 733 Inc. 1).

3.- Según su titular. Se distingue entre: a) propiedad individual; y b) copropiedad.

a) **Propiedad individual:** es aquella en que hay un solo titular del derecho de dominio.

b) **copropiedad:** es aquella en que hay varios titulares del derecho de dominio, siendo cada uno de ellos cuotativamente propietarios del todo.

4.- Según la naturaleza de su objeto. Aquí se distingue entre: a) propiedad civil; b) propiedad comercial; c) propiedad intelectual; d) propiedad industrial; e) propiedad indígena; f) propiedad minera; g) propiedad forestal, etc.

5.- Según su regulación. Propiedad de derecho privado y derecho público.

a) **Propiedad de derecho privado:** es aquella que está fundamentalmente regulada por el derecho privado.

b) **Propiedad de derecho público:** es aquella que fundamentalmente está regulada por el derecho público.

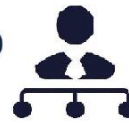
12.4.- CONTENIDO ACTIVO DEL DOMINIO: LOS ATRIBUTOS DEL DOMINIO. LA RENUNCIA A LA FACULTAD DE DISPOSICIÓN (vinculación con las cláusulas de no enajenar).

A propósito de la *estructura del dominio*, cabe analizar tres aspectos: I) los sujetos; II) el objeto y; III) el *contenido* (activo y pasivo) del dominio.

I.- Los sujetos:

- **Sujeto activo:** es el titular del derecho de dominio.
- **Sujeto pasivo:** son todas las demás personas, las cuales tienen un deber genérico de no hacer, consistente en no obstaculizar el ejercicio del derecho de dominio por parte de su titular.

II.- Objeto:



- Las cosas corporales (Art. 582 CC).
- Las cosas incorporeales, por ejemplo, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo (Art. 583 CC).
- Las cosas inmateriales, que son las producciones de talento o de ingenio (Art. 584 Inc. 1 CC).

Consideración. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia y la doctrina han aceptado mayoritariamente la tesis que promueve la existencia del derecho de propiedad sobre derechos reales y sobre derechos personales, basándose particularmente en:

1) el Art. 583 CC, que indica que sobre las cosas incorporeales hay también una especie de propiedad, y el Art 576 señala que las cosas incorporeales son los derechos reales y personales.

2) el Art. 19 n° 24 CPR, que asegura a toda persona el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales, y;

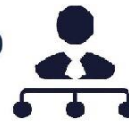
3) Un razonamiento de la Corte Suprema: el DFL N° 9 de 1968, sobre arrendamiento de predios rústicos, dispuso que los plazos de los contratos de arrendamiento celebrados con anterioridad a su fecha, se entendía prorrogados en beneficio de los arrendatarios, por el tiempo necesario para completar 10 años. La Corte suprema razón de la siguiente manera: el arrendador es propietario del derecho personal a exigir la restitución de la cosa en el plazo convenido en el contrato, y de acuerdo a la CPR, sólo podría ser privado del mismo mediante una ley expropiatoria, previo pago de la correspondiente indemnización. Por lo tanto, el DFL N° 9 es inconstitucional, en cuanto limita, sin indemnización expropiatoria, el derecho del arrendador a exigir la restitución al término del plazo estipulado.

No obstante, algunos autores sostienen que es difícil aceptar esta tesis, por cuanto admitir que sobre los derechos reales hay un derecho de dominio, habría que aceptar también que sobre el derecho de dominio hay un derecho de dominio y así sucesivamente. Más difícil es entender que sobre los derechos personales hay un derecho de dominio, por cuanto aquéllos son esencialmente transitorios, en circunstancias de que el dominio es un derecho perpetuo.

Sin embargo, en cuanto a la primera crítica algunos autores señalan que nuestro legislador confunde el dominio con la cosa sobre la que recae, en ese sentido de acuerdo a Peñailillo el dominio tendrá que excluirse de la categoría de bien incorporeal pasando a ser una cosa verdaderamente corporal toda vez que se identifica con su objeto.

En cuanto a que los derechos personales sean esencialmente transitorias, algunos autores no ven que ello sea un obstáculo de la característica de la perpetuidad del dominio, toda vez que según ella el dominio subsiste mientras no se extinga la cosa sobre la que recae y analógicamente si una cosa se destruye al primer día después de su compra, por ejemplo no por ello el dominio dejaría de ser perpetuo.

Extensión material u objetiva del derecho de dominio.



- Cuando el dominio recae sobre **cosas corporales**, para precisar su extensión y alcance hay que distinguir:

- 1.- Respecto de las cosas corporales muebles: No hay problema, ya que por su propia naturaleza se trata de un cuerpo aislado, perfectamente diferenciado de los demás.
- 2.- Respecto de las cosas corporales inmuebles: En el plano horizontal no hay problema, pues los deslindes del predio establecen los límites de cada dominio, y cuando dichos deslindes no existen, el legislador autoriza a los dueños para fijar los límites que los separan de los predios colindantes –esto se llama “*servidumbre legal de demarcación*” (Art. 842 CC), e incluso los faculta para cerrarlos o cercarlos (Art. 844 CC).

Problema: ¿Qué ocurre en el plazo vertical? En principio la propiedad se proyecta hacia el cielo (altura) y el subsuelo (profundidad) del inmueble, pero, ¿tiene algún límite?

Teorías:

- Antiguamente se entendía que el dominio se extendía hasta el cielo en altura y hasta el infierno en profundidad, entendiendo por este último hasta el centro de la tierra, donde su titular podía útil y económicamente aprovechar de la cosa.
- El extremo opuesto sostenía que el dominio sólo se extendía en la superficie del predio. Opinión que fue desechada por su manifiesta limitación, incluso impedía que el propietario se valiera de la profundidad más cercana a la superficie lo cual es necesario para múltiples actividades económicas, como por ejemplo para sembrar o colocar las bases de una construcción.
- La opinión dominante actualmente se basa en el criterio de la utilidad del predio, sostiene que el dominio se extiende en altura y en profundidad en cuanto se útil y económicamente aprovechable por parte de su titular.

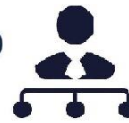
Situación en Chile: En nuestra legislación no existe una norma general que solucione el problema. Sin embargo, existen algunas disposiciones aisladas que parecieran demostrar que la propiedad sí se extiende en altura y en profundidad, por ejemplo:

1.- Art. 931 CC, a propósito de las acciones posesorias especiales, declara especialmente denunciable toda obra voladiza que atraviese el plano vertical de la línea divisoria de dos predios;

2.- Art. 942 CC, que faculta al dueño de un predio para exigir que se corten las *ramas* del árbol que invaden su predio;

3.- Art. 942 CC, que faculta al dueño de un predio para cortar el mismo las *raíces* del árbol ajeno que penetran su predio;

4.- Art. 56 Inc. 1 Código de Aguas, que faculta al dueño de un predio a cavar en su suelo un pozo, aunque ello menoscabare el agua de que se alimenta otro pozo; pero si el pozo no reporta utilidad alguna o no tanta que pueda compararse con el perjuicio ajeno, el propietario queda obligado a cegarlos.



III.- Contenido del dominio.

Al respecto se distingue entre: a) contenido activo; y b) contenido pasivo.

CONTENIDO ACTIVO DEL DOMINIO (atributos del dominio):

Se refiere a las facultades inherentes al dominio, que son: 1) usar; 2) gozar y; 3) disponer.

1.- Facultad de usar: es aquella que autoriza al propietario para *utilizar o servirse* de la cosa objeto de su dominio.

Consideración: El Art. 582 CC define al dominio sin mencionar la facultad de usar. Y esto es así, porque la facultad de usar está comprendida dentro de la facultad de gozar. Los argumentos para arribar a tal conclusión son los siguientes:

1.- El Art. 1915 CC, al definir el *contrato de arrendamiento*, habla del goce de una cosa, y nadie podría afirmar que el arrendatario no va a usar de la cosa que toma en arrendamiento.

2.- El Art. 764 CC, al definir el *derecho real de usufructo*, habla de la facultad de gozar de una cosa, y nadie podría afirmar que el usufructuario no va a usar de la cosa dada en usufructo.

3.- El Art. 811 CC, al definir el *derecho real de uso*, habla de la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa, y nadie podría afirmar que el usuario no va a usar las utilidades y productos de esa cosa. (Si se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella, se llama *derecho de habitación*).

4.- El Art. 19 n° 24 CPR, señala que sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella. Luego, siendo la CPR una norma de mayor jerarquía que contempla la facultad de usar, debe entenderse que el propietario tiene esa facultad.

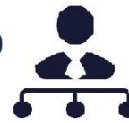
2.- Facultad de gozar: Es aquella que *autoriza al propietario para hacer suyos los frutos y productos de la cosa que es objeto del dominio*.

Consideraciones:

1.- Entre producto y fruto hay una relación de género a especie. Producto, es todo lo que la cosa da o sale de ella (Ej. Salitre de la salitrera). Fruto, es todo lo que la cosa da o sale de ella periódicamente y sin detrimento de sus sustancia (frutos de un árbol).

2.- El dueño hace suyo los frutos y productos en virtud del modo de adquirir accesión.

3.- Facultad de disponer: Es aquella que *autoriza al propietario para determinar el destino material y jurídico de la cosa objeto de dominio*.



En consecuencia, la facultad de disponer importa dos formas de disposición: a) material; y b) jurídica.

a) Disposición material: el dueño puede modificar, degradar o destruir la cosa.

b) Disposición jurídica: el dueño puede:

- Traspasar la cosa por acto entre vivos (transferencia)
- Traspasar la cosa por causa de muerte (transmisión)
- Gravar la cosa, por ejemplo, con prenda, hipoteca, usufructo.
- Puede darla en arrendamiento, comodato, etc.

- Abandonar la cosa (*abandono* es el nombre que toma la *renuncia* cuando se trata de un derecho real).

Naturaleza jurídica de la facultad de disposición. La facultad de disposición es una facultad de *orden público*, motivo por el cual el dueño sólo puede desprenderse de las facultades de uso y de goce, y no de la de disponer, pues si así lo hiciera el dueño dejaría de ser tal.

El fundamento de este aserto se encuentra en el principio de la *libre circulación de los bienes*, el cual se manifiesta, por ejemplo:

a) En que se prohíbe constituir dos o más *fideicomisos* sucesivos o alternativos (Art. 745 Inc. 1 CC).

b) En que se prohíbe constituir dos o más *usufructos* sucesivos o alternativos (Art. 769 Inc. 1 CC).

c) En que se prohíbe la *cláusula de no enajenar* las cosas dadas en arrendamiento (Art. 1964 CC).

Excepciones a la facultad de disponer: Hay tres tipos de excepciones: a) aquellas que encuentran su origen en la ley; b) aquellas que encuentran su origen en una resolución judicial; y c) aquellas que encuentran su origen en la voluntad de las partes:

a) Excepciones que encuentran su origen en la ley: El legislador en ocasiones impide que ciertos bienes y derechos puedan ser objeto de disposición. Por ejemplo:

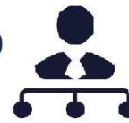
a) Art. 1464 CC, que prohíbe la enajenación de ciertos bienes, so pena de objeto ilícito.

b) Art. 819 Inc. 1 CC, que señala que los derechos de uso y habitación son intransmisibles e intransferibles.

c) Art. 334, el derecho de pedir alimentos es intransmisible e intransferible.

b) Excepciones que encuentra su origen en una resolución judicial: El juez puede decretar ciertas medidas precautorias que impiden (transitoriamente) la disposición de determinados bienes. Por ejemplo:

a) Medida precautoria de prohibición de enajenar y gravar determinado bien;



b) Medida precautoria de prohibición de celebrar actos y contratos respecto de un bien.

c) **Excepciones que encuentran su origen en la voluntad de las partes:** Estas son las cláusulas de no enajenar, se entiende por ella una convención por la cual el dueño de una cosa se obliga a no disponer de ella y conduce a la pregunta siguiente: ¿valen las estipulaciones por las cuales el dueño se impone la prohibición de enajenar o gravar bienes suyos?

Hay casos que el legislador expresamente las prohíbe. Hay otros casos en que expresamente las permite. Y en la mayoría de los demás casos el legislador guardó silencio. Así entonces:

1) Casos en que el legislador las prohíbe expresamente: Ejemplos:

1.- A propósito del arrendamiento, no vale el pacto de no enajenar la cosa arrendada (Art. 1964CC).

2.- A propósito del censo, y del censo vitalicio, no vale el pacto de no enajenar la finca acensuada (Art. 2031 y 2279 CC).

3.- A propósito de los legados, no vale el legado hecho bajo la condición de no enajenar la cosa objeto del legado, pero sí valdrá la condición cuando comprometa derechos de terceros (Art. 1126 CC).

4.- A propósito de la hipoteca, no vale la cláusula de no enajenar la cosa hipotecada.

2) Casos en que el legislador las autoriza expresamente: Ejemplos:

1.- A propósito del usufructo, el constituyente puede prohibir la enajenación de ese derecho real (Art. 793 CC).

2.- A propósito de la propiedad fiduciaria, el constituyente puede prohibir la enajenación de ella entre vivos (Art. 751 CC).

3.- A propósito de la donación entre vivos, el donante puede prohibir la enajenación de la cosa donada (Art. 1432 n° 1 CC).

3) Casos en que el legislador guardó silencio:

En estos casos, ¿son válidas las cláusulas de no enajenar? La doctrina no está de acuerdo. Así:

1.- Algunos sostienen que estas cláusulas son válidas:

Argumentos:

a) En el derecho privado está permitido hacer todo lo que la ley no prohíbe, y respecto de estas cláusulas no existe tal prohibición.

b) El legislador sólo excepcionalmente prohibió estas cláusulas, de manera que la regla general es que ellas estén permitidas.

c) El dueño puede desprenderse de todas las facultades del dominio, como ocurre cuando lo transfiere, por tanto, conforme al adagio “*quien puede lo más puede lo menos*”, con mayor razón puede renunciar al ejercicio de una sola facultad, la de disponer.



d) El **Art. 53** del Reglamento del Conservador de bienes raíces, permite inscribir toda prohibición, que verse sobre bienes inmuebles y que limite la circulación de la propiedad raíz, sean dichas prohibiciones, legales, *convencionales* o judiciales.

2.- Otros dicen que estas las cláusulas son nulas, de nulidad absoluta (por objeto ilícito):

Argumentos:

a) Atentan contra el *principio de la libre circulación de los bienes*, el cual es un principio de orden público.

b) Si libremente se pudieran pactar estas cláusulas de no enajenar, el legislador no habría tenido para qué autorizarla en ciertos casos.

c) El Art. 1810 CC dice que “*pueden venderse todas las cosas cuya enajenación no esté prohibida por la ley*”. En consecuencia, es la ley y no las partes, la que puede prohibir la enajenación.

d) El Art. 53 del Reglamento del Conservador de bienes raíces, se limita a *permitir* la inscripción de estas cláusulas. En todo caso, se trata de una disposición reglamentaria que no puede prevalecer contra la ley y su espíritu.

3.- Otros, como A. Alessandri Rodríguez, señalan que la cláusula de ser válida constituiría una obligación de no hacer, de manera que si de todas formas se enajena la cosa, correspondería indemnizar perjuicios, por aplicación del Art. 1555 Inc. 1 CC.

4.- La opinión dominante, encabezada por A. Alessandri Besa, sostiene que estas cláusulas son válidas, siempre que se cumplan con dos requisitos:

a) que sean temporales, pues así no se estaría vulnerando el *principio de la libre circulación de los bienes*.

b) Que estén justificadas y comprometan derechos de terceros, por aplicación del Art. 1126 CC.

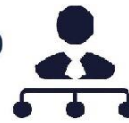
12.5.- CONTENIDO PASIVO DEL DOMINIO.

Se refiere a las responsabilidades, cargas y obligaciones que derivan de la titularidad del derecho de dominio. El contenido pasivo puede asumir tres formas: a) responsabilidad extracontractual; y b) obligaciones reales o “*propter rem*”; c) las cargas reales.

a) responsabilidad extracontractual: la responsabilidad extracontractual es aquella que surge por delito o cuasidelito civil, y aquí encontramos dos casos:

1.- *El dueño de un edificio es responsable por los daños que ocasione su ruina, por haberse omitido las necesarias reparaciones, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia* (Art. 2323 Inc. 1 CC).

2.- *El dueño de un animal es responsable por los daños causados por el mismo animal, aún después de que se haya soltado o extraviado; salvo que la soltura, extravío o*



daño no puede imputarse a culpa del dueño o de quien tuviera al animal a su cuidado (Art. 2326 Inc. 1 CC).

b) obligaciones reales o “propter rem” (en razón o por causa de la cosa): Las obligaciones reales son aquellas que afectan a una persona por el sólo hecho de ser dueño o poseedor de un bien gravado.

Características:

1.- En las obligaciones reales el deudor no se ha obligado personalmente, sino que tiene la calidad de deudor por el sólo hecho de ser dueño o poseedor de un bien gravado.

2.- Se dice que en las obligaciones reales el deudor es la cosa misma, pero como no es posible demandar a una cosa, se procede en contra de su titular.

3.- Si la cosa cambia de dueño o poseedor, la obligación se traspassa al nuevo dueño o poseedor en forma automática. De ahí que se diga que en este tipo de obligaciones, “la obligación camina con la cosa” (**obligaciones ambulatorias**).

4.- Las obligaciones reales sólo afectan al bien gravado. Ello a diferencia de las obligaciones personales, que comprometen todos los bienes del deudor, sean muebles o inmuebles, presentes o futuros, salvo los inembargables (garantía patrimonial universal, art. 2465 CC)

5.- Las obligaciones reales no están contempladas expresamente en nuestro Código, pero se dice que indirectamente se extraen de una interpretación a *contrariu sensu* del Art. 2465 CC. Así:

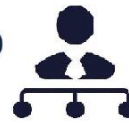
- Este artículo habla de “*obligación personal*”; a *contrario sensu*, hay obligaciones que no son personales: éstas son las obligaciones reales.

- Este artículo faculta al acreedor para dirigirse contra todos los bienes del deudor, muebles o inmuebles, presentes o futuros, salvo los inembargables; a *contrario sensu*, en las obligaciones reales, el acreedor no puede perseguir cualquier bien del deudor, sino sólo el bien que se encuentra gravado.

Casos:

1.- Caso del tercer poseedor de la finca hipotecada. El tercero poseedor de la finca hipotecada es la persona que, sin haberse obligado personalmente, tiene en su patrimonio un bien gravado con hipoteca. Pensemos por ejemplo, que Pedro pide un préstamo al Banco, y para garantizar dicho pago constituye una hipoteca en su finca. Luego, transfiere dicha finca hipotecada a Juan, que es un tercero. Si el deudor personal (Pedro) no cumple con su obligación, el acreedor hipotecario (banco) podrá ejercer su acción contra Juan, pues de acuerdo al Art. 2428 Inc. 1 CC, la hipoteca da al acreedor el derecho a perseguir la finca hipotecada en manos de quien sea que se encuentra, y cualquiera sea el título por el que la haya adquirido.

2.- Algunos autores dan el caso del arrendamiento. Si la cosa dada en arrendamiento se enajena hay ciertos adquirentes que están obligados a respetar un contrato



de arrendamiento, a pesar de no haber intervenido en su celebración. De acuerdo al Art. 1962 CC hay que distinguir:

a) Si adquirió el dominio de la cosa a título gratuito, siempre debe respetar el contrato de arrendamiento.

b) Si adquirió el dominio de la cosa a título oneroso, sólo debe respetar el contrato de arrendamiento, si éste constaba por escritura pública, salvo el caso de los acreedores hipotecarios.

c) Los acreedores hipotecarios deben respetar el contrato de arrendamiento, sólo si éste constaba por escritura pública y se hallaba inscrito en el CBR, con anterioridad a la inscripción de la hipoteca.

c) Cargas reales: Gran parte de la doctrina prefiere no hacer la distinción entre obligaciones reales y cargas reales, y optan por incluir éstas, lisa y llanamente, en aquellas.

Sin embargo, algunos autores continúan diferenciándolas, y dicen que las *cargas reales son los gravámenes que afectan a una cosa, y cuya prestación está obligado su dueño o poseedor*. A pesar de su notoria semejanza con las obligaciones reales –de ahí la tendencia a suprimirlas y englobarlas en éstas– los autores anotan dos diferencias fundamentales entre una y otra.

a) En las cargas reales el dueño o poseedor responde no sólo de sus deudas en razón de la cosa, sino también de las que su antecesor no pagó.

b) En las cargas reales el dueño o poseedor sólo responde hasta el valor del bien que la carga grava, salvo disposición expresa de la ley en contrario.

Casos:

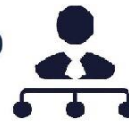
1.- Caso de las expensas comunes en condominios afectos a la ley de copropiedad inmobiliaria. El propietario de un piso o departamento es responsable del pago de las expensas comunes, incluso de las que se han devengado con anterioridad a su adquisición.

2.- Casos de las contribuciones territoriales.

3.- Situación del censo: El censo se constituye cuando una persona se obliga a pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente, y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y de capital. El rédito se denomina censo o canon; la persona que lo debe se llama censuario y el acreedor censualista (Art. 2022 CC). El censuario, entonces, impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon, el cual que se obliga a pagar al censualista por el capital que de éste recibe.

LA ACCIÓN REIVINDICATORIA (tema excluido del censual, se recomienda su lectura)

Concepto. El Art. 889 CC, la define del siguiente modo: “*La reivindicación o acción de dominio es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituirla*”.



Características.

1.- **Es una acción real**, ya que proviene del derecho real de dominio, y de acuerdo al Art. 577 Inc. 2 CC, de estos derechos nacen las acciones reales. Por consiguiente ella puede intentarse contra cualquiera persona que esté en posesión de la cosa sin ser dueño.

2.- **Será una acción mueble o inmueble** según la naturaleza de la cosa cuya posesión se reclama (Art. 580 CC).

3.- **Es una acción patrimonial**. Por consiguiente, es **transferible, transmisible, renunciable y prescriptible**. En cuanto a la prescripción, la acción reivindicatoria prescribe de acuerdo al Art. 2517 CC, es decir, no extingue por su no ejercicio, sino que por la prescripción adquisitiva de la cosa que se reclama.

Cosas que pueden reivindicarse (Art. 890, 891 y 892 CC).

- Cosas corporales, sean mueble o inmuebles, cualquiera que sea su categoría.
- Cosas incorpóreas (dominio y demás derechos reales).
- Una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.

1.- Cosas corporales, sean mueble o inmuebles, cualquiera que sea su categoría.

Excepciones:

1.- Se exceptúan las *cosas “muebles” adquiridas en una feria*, tienda, almacén u otro establecimiento en que se vendan cosas muebles de la misma clase. En este caso, el poseedor no será obligado a restituir la cosa, a menos que se le reembolsen lo que haya pagado por ella y lo que haya invertido en repararla o mejorarla. Por consiguiente, en rigor no se trata de una excepción, pues esas cosas igualmente pueden reivindicarse, reembolsándose lo pagado por ella y lo invertido en su reparación y mejora.

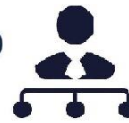
2.- En materia de *pago de lo no debido*. Si una persona por error paga a otra lo que cree que debe pero en realidad no debe, y ésta persona enajena lo que le pagaron a un tercero, hay que distinguir:

a) Si el tercero adquirió en virtud de un título gratuito: procede la reivindicación.

b) Si el tercero adquirió en virtud de un título oneroso: no procede la reivindicación si el tercero estaba de buena fe. Y esta es la excepción (Art. 2303 CC).

3.- Art. 1739 Inc. 4: Tratándose de los *bienes muebles*, los terceros que contraten a *título oneroso* con cualquiera de los cónyuges quedarán a cubierto de toda reclamación que estos pudieran intentar, siempre que el *cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la entrega o tradición del bien respectivo*.

2.- Cosas incorpóreas (el dominio y demás derechos reales). El Art. 891 Inc. 1 CC habla de dominio y otros derechos reales, pero en rigor eso es una imprecisión, porque el reivindicante nunca ha perdido la titularidad de esos derechos, sino que sólo su posesión, de modo que es ésta la que intenta recuperar y no el dominio.



Excepciones:

- No puede reivindicarse el **derecho real de herencia**, pues éste está protegido por otra acción real, cual es la *acción de petición de herencia* (Art. 891 Inc. 2 CC). Esto es sin perjuicio de que la ley concede expresamente a los herederos el derecho de interponer la acción reivindicatoria respecto de las cosas singulares que componen la herencia (Art. 1268 CC). Luego, es el derecho real de herencia, como una universalidad jurídica, que no puede reivindicarse.
- No pueden reivindicarse los **derechos personales o de crédito**, toda vez que la acción reivindicatoria es una acción real y los derechos personales están protegidos por *acciones personales*. Ahora bien esto es discutible, puesto que los autores que afirman que los derechos personales pueden ser objeto de posesión señalan que a su respecto sí procede la acción reivindicatoria puesto que sería absurdo permitir por una parte la posesión de los créditos y por otra impedir al verdadero dueño que pueda recuperar el mismo.

3.- Una cuota determinada proindiviso, de una cosa singular.

¿Quién puede reivindicar? (Art. 893 y 894 CC).

1.- El **dueño**, sea que tenga la propiedad plena o nuda, absoluto o fiduciaria de la cosa.

2.- El que ha perdido la posesión regular de la cosa, y se hallaba en condiciones de ganarla por prescripción (*acción publiciana de dominio*).

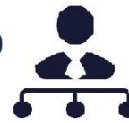
Requisitos:

- a) Que el poseedor sea regular.
- b) Que haya perdido la posesión.
- c) Que la haya perdido cuando se hallaba en el caso de poder ganarla por

prescripción. ¿Qué significa esto?

- Alessandri sostiene que ello quiere significar que ya han transcurrido los plazos de prescripción a favor del poseedor en comento, de modo que únicamente le faltaba alegar la prescripción y que se haya ésta declarado. Argumenta señalando que, si aún no se ha declarado la posesión, y el poseedor pierde la cosa, se interrumpe naturalmente la prescripción, y por tanto se pierde todo el tiempo transcurrido. Luego, el poseedor no se hallaba en condiciones de adquirir el dominio por prescripción.
- Para otros autores no es necesario que haya transcurrido el tiempo de prescripción, pues en ese caso, el poseedor en palabra ya hubiera ganando el dominio por prescripción, toda vez que la sentencia sólo se limita a declarar una situación de hecho que ya ha ocurrido.

d) Que no se interponga contra el verdadero dueño ni contra el que posea con igual o mejor derecho.



¿Contra quién se puede reivindicar?

1. Actual poseedor.
2. Poseedor de buena fe que haya enajenado una cosa y como consecuencia de esa enajenación se haya hecho imposible o más difícil perseguir la cosa.
3. Poseedor de mala fe, que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer.
4. El injusto detentador.

1. Actual poseedor (Art. 895 CC).

Consideraciones:

a) Si el demandado resulta ser un mero tenedor, está obligado a declarar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre la tiene, a fin de que la demanda le sea notificada al verdadero poseedor.

b) Si una persona, de mala fe, se hace pasar por poseedor sin serlo, deberá indemnizar todos los perjuicios que se deriven de ese engaño (Art. 897 CC).

2. Poseedor de buena fe (Art. 898 Inc. 1 CC).

Efecto: opera una verdadera *subrogación real*, tal poseedor deberá restituir el precio que recibió por la cosa, si el reivindicante acepta recibir el precio, por ese hecho ratifica la enajenación.

3.- Poseedor de mala fe, que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer.

Efectos.

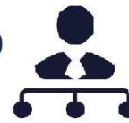
a) Opera una verdadera *subrogación real*, tal poseedor deberá restituir el valor que recibió por la cosa e indemnizar de todo perjuicio, por este hecho el reivindicante ratifica la enajenación.

b) Si la cosa que adquirió el tercero resulta evicta, el reivindicante no responde de su obligación de saneamiento, sino que toca al poseedor de mala fe que por hecho o culpa suya ha dejado de poseer, siendo ello una verdadera sanción a su mala fe.

c) Los mismos efectos se producen respecto del poseedor de buena fe que durante el juicio se ha puesto en la imposibilidad de restituir la cosa por su culpa

4.- El injusto detentador. Se trata del mero tenedor que retiene indebidamente una cosa. Sabemos que la mera tenencia es siempre temporal.

Prueba. Toca al reivindicante destruir la presunción del **Art. 700 CC**, que opera a favor del demandado. En efecto, el demandado *es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo*.



Medidas precautorias. El juicio de reivindicación está sometido a reglas del procedimiento ordinario (lato conocimiento), de modo que puede ocurrir que en este tiempo la cosa estuviese expuesta a pérdida o deterioro, en cuyo caso el reivindicante:

1.- Si se trata de una cosa mueble, podrá pedir su secuestro, que es una forma de depósito, en cuya virtud se entrega el bien a un tercero para que, cuando termine el juicio, lo devuelva a quien resulte ser su propietario. En este caso, el poseedor podrá aceptar o no el secuestro, y si no lo hace, deberá rendir caución suficiente de restitución (Art. 901 CC).

2.- Se trata de un inmueble o un derecho real constituido sobre ellos, podrá pedir las providencias conservativas que estime necesarias para evitar todo deterioro de la cosa, y de lo que le pertenece por adherencia o destinación, y a los muebles que la guarnecen. Se concederá ello cuando hubiere justo motivo de temer que se deteriorará la cosa, o cuando el demandado no ofrezca caución suficiente (Art. 902 CC).

Efectos de la sentencia que acoge la acción reivindicatoria. “*De las prestaciones mutuas*”.

Las *prestaciones mutuas* son aquellas que deben hacerse recíprocamente el poseedor vencido y el reivindicante, cuando la sentencia de término acoge la acción reivindicatoria.

Prestaciones que debe realizar el poseedor vencido.

1.- Debe restituir la cosa.

Consideraciones:

- a).- La restitución debe hacerse en el plazo que el juez señale (Art. 904 Inc. 1 CC).
- b).- La cosa debe restituirse íntegramente, con sus accesorios.
- c).- En la restitución de un inmueble se comprende la de sus llaves.
- d).- En la restitución de toda cosa, sea mueble o inmueble, se comprenden los títulos que conciernen a ella, si se hallan en manos del poseedor (Art. 905 CC).

2.- Debe indemnizar los deterioros que haya sufrido la cosa por hecho o culpa suya.

Consideración:

1.- El *poseedor de mala fe* es responsable de todos los deterioros que por hecho o culpa suya ha sufrido la cosa (Art. 906 Inc. 1 CC).

2.- El *poseedor de buena fe* sólo es responsable de estos deterioros en cuanto se hubiera aprovechado de ellos; ej.: destruyendo un bosque y vendiendo la madera (Art. 906 Inc. 2 CC).

3.- La buena o mala fe se determinará en consideración al momento en que se produjeron los deterioros (Art. 913 CC).

3.- Debe restituir los frutos.



Consideraciones:

a) El *poseedor de buena fe* no está obligado a restituir los frutos percibidos antes de la contestación de la demanda (Art. 907 Inc. 3 CC). Y esto es así, porque a partir de ese momento se pierde la buena fe. Luego, los frutos percibidos después de ese momento siguen las reglas del poseedor de mala fe.

b) El *poseedor de mala fe* es obligado a restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, y no sólo los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana diligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Si los frutos no existen o se destruyeron, se deberá el valor que tenían o hubieran tenido al tiempo de la percepción (Art. 907 Inc. 1 y 2CC).

4.- Debe pagar los gastos de custodia, conservación y administración.

Si la cosa mueble fue secuestrada, dice la ley que toca al demandante pagar al secuestre los gastos de custodia, conservación y administración. Tendrá derecho, sin embargo, para que el poseedor de mala fe se los reembolse (Art. 904 parte final CC).

Prestaciones que debe realizar el reivindicante.

1.- Debe abonar los gastos ordinarios de producción de frutos. Esto es así, porque si el reivindicante hubiera tenido la cosa en su poder, hubiera incurrido en los mismos gastos para hacer producir los frutos.

2.- Debe reembolsar las mejoras.

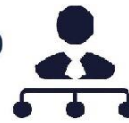
Consideraciones:

a) En cuanto a las *mejoras necesarias*, que son las indispensables para la conservación de la cosa, ellas deben abonarse al poseedor vencido, esté de buena o mala fe. Y esto es así, porque si la cosa hubiera estado en poder del dueño, tendría que haber incurrido en las mismas mejoras.

Las mejoras necesarias pueden ser de dos clases: las que producen efectos permanentes; y las que no producen tales efectos. Las que producen efectos permanentes (ej.: las reparaciones de un edificio arruinado por un terremoto o la construcción de un dique para atajar las avenidas), se abonarán íntegramente; las mejoras que no producen efectos permanentes (ej.: la defensa judicial de una finca), serán abonadas al poseedor en cuanto benefician al reivindicante (y siempre que hubieren sido hechas con mediana inteligencia y economía).

b) En cuanto a las *mejoras útiles*, que son aquellas que sin ser necesarias para la conservación de la cosa, aumentan su valor venal (comercial), el poseedor de buena fe tiene derecho a que se le abonen, si fueron hechas antes de la contestación de la demanda.

En este caso, el reivindicador elegirá entre pagar lo que valgan las mejoras al tiempo de la restitución, o pagar lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.



c) El poseedor de mala fe no tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, pudiendo llevarse los materiales de dichas mejoras, si pueden ellos separarse sin detrimento de la cosa, y siempre que, en este caso, el reivindicante rehúse a pagarle lo que valgan dichos materiales después de separados. Este mismo derecho tiene el poseedor de buena fe que ha incurrido en mejoras útiles después de contestada la demanda (porque ha perdido su buena fe).

e) *En cuanto a las mejoras voluptuarias*, que son aquellas que sólo consisten en objeto de lujo y recreo (como jardines, fuentes, cascadas artificiales) y que en general, no aumentan el valor venal de la cosa o sólo lo aumentan en una porción insignificante, el reivindicante no está obligado a pagarlas ni al poseedor de buena ni de mala fe, teniendo éstos sólo el derecho a retirar los materiales si ellos pueden separarse de la cosa sin detrimento y siempre que, en tal evento, el heredero no quiera pagar el precio de los materiales una vez separados.

Derecho legal de retención. Si el poseedor vencido tiene derecho a que el reivindicante le abonare los gastos de producción de frutos y las mejoras, podrá retener la cosa hasta que se verifique el pago, o no se le asegure su satisfacción (Art. 914 CC).

Momento a que se refiere la buena o mala fe. La buena o mala fe se refiere, en lo que dice relación con los frutos, al tiempo de la percepción; y lo que se refieren a los gastos de producción de frutos y mejoras, al tiempo en que fueron hechas.

Comentario. Si el propietario no tiene la cosa en su poder, sino que la tiene un mero tenedor, por ejemplo, un comodatario, arrendatario, depositario, etc., el dueño no puede interponer contra ellos la acción reivindicatoria, sino que la acción que deberá interponer será una acción personal, emanada del contrato respectivo, a menos que se trate de un injusto detentador.

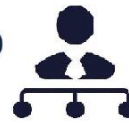
CÉDULA N° 13: LOS MODOS DE ADQUIRIR.

13.1.- CONCEPTO Y ENUMERACIÓN.

Conceptos de Modo de adquirir: *Es un hecho o acto jurídico al que la ley le atribuye el efecto de hacer nacer o traspasar el dominio u otro derecho real.*

Consideración. Del concepto se desprende que hay modos de adquirir que son hechos jurídicos y otros que son actos jurídicos. Son hechos jurídicos: la ocupación, la accesión, la prescripción adquisitiva y la sucesión por causa de muerte. Es un acto jurídico la tradición.

Enumeración: El Art. 588 CC enumera los modos de adquirir. Estos son: 1.- La ocupación; 2.- La accesión, 3.- La tradición; 4.- La sucesión por causa de muerte; y 5.- La



prescripción

adquisitiva.

A esta enumeración cabe agregar: la *ley*.

1.- La **ocupación** es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no es prohibida por las leyes chilenas ni por el derecho internacional (Art. 606 CC).

2.- La **accesión** es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella (Art. 643 CC).

3.- La **tradición** es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo (Art. 670).

4.- La **sucesión por causa de muerte** es un modo de adquirir el dominio de todos los bienes, derechos y obligaciones transmisibles de un difunto o una cuota de ellos, o bien, una o más especies o cuerpos ciertos, o un crédito para exigir una o más cosas indeterminadas dentro de cierto género determinado, como consecuencia de su deceso.

5.- La **prescripción adquisitiva** es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales (Art. 2492).

Consideraciones:

1.- Según el Art. 19 n° 24 CPR, sólo la ley puede crear modos de adquirir el dominio, de manera que los particulares no pueden hacerlo.

2.- Los derechos reales se pueden adquirir por un solo modo, pues cuando se adquiere el dominio por un modo, ya no se puede adquirir por otro lo que ya le pertenece.

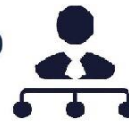
3.- Lo que se dice del dominio se aplica a los demás derechos reales (Art. 670 Inc. 2).

13.2.- SISTEMAS ADQUISITIVOS COMPARADOS.

En derecho comparado existen cuatro grandes sistemas de adquisición del dominio y demás derechos reales: a) Sistema romano clásico o de la dualidad título modo; b) Sistema francés o del efecto real del contrato; c) Sistema alemán o de la abstracción del negocio causal; d) Sistema del common law.

a) **Sistema romano clásico:** Plantea que para adquirir el dominio y los demás derechos reales se requiere la concurrencia copulativa de dos elementos: *el título y el modo*.

- **Título:** es el antecedente jurídico que posibilita y sirve de fundamento a la adquisición de un derecho real.
- **Modo:** es un hecho o acto jurídico al que la ley le atribuye el efecto de hacer nacer o traspasar un derecho real.



b) **Sistema francés:** Sostiene que para adquirir el dominio y los demás derechos reales se requiere sólo de un título, siendo el modo innecesario.

- Ventaja de este sistema: es más simple, ya que si sólo se exige el título, en definitiva bastaría el solo consentimiento para adquirir el derecho real, considerando que la regla general es que los actos jurídicos sean consensuales.

- Inconveniente de este sistema: como en el perfeccionamiento del título sólo intervienen las partes, existiría una suerte de desprotección de terceros, ya que no habría la suficiente publicidad para que éstos se impusieran del cambio en la titularidad de un derecho.

c) **Sistema alemán:** De acuerdo a este sistema se exige el título y un modo para la adquisición del dominio y los demás derechos reales, pero lo fundamental es el modo. En efecto, el título es lo que justifica la adquisición del derecho real, pero estos se transfieren por la sola convención translativa, independiente de si el título es o no válido, de allí que este sistema se conoce con el nombre de **abstracción del negocio causal** por cuanto las vicisitudes que afecten al título (ej.: la nulidad la resolución, etc.), no repercute en el modo el cual sigue teniendo la virtud por sí mismo para adquirir el dominio y los demás derechos reales.

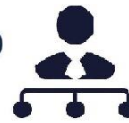
Ej.: en la tradición bastaría la intención de transferir y la intención de adquirir para que la tradición sea válida, aunque el título no lo sea. Entonces, si el tradente entendiera transferir a título de compraventa, y el adquirente entendiera adquirir a título de donación, esa tradición que para el sistema romano es nula, para el alemán es válida, porque ha habido intención de transferir y la intención de adquirir.

d) **Common law:** Este sistema en principio entrega a las partes la determinación del momento en que se transfiere el dominio y los demás derechos reales, así por ejemplo, las partes podrían estipular que el dominio se transfiere al momento de la celebración del contrato, al momento de la entrega de la cosa, al momento del pago del precio, etc; y si las partes nada dicen se entiende que el dominio se transfiere al momento de la celebración del contrato (título).

Situación en Chile. Nuestro CC recogió el sistema romano clásico, es decir, para la adquisición de un derecho real se precisa de un título y de un modo.

13.3.- LA EXIGIBILIDAD GENERAL DEL TÍTULO.

Sólo a propósito de la **tradición** hay norma expresa que exige la concurrencia del título. En efecto, el Art. 675 CC dice que “*para que valga la tradición se requiere de un*



título translativo de dominio”. De ahí que los autores se preguntan si todos los modos de adquirir necesitan título o si sólo lo requiere la tradición:

Opiniones:

- **Algunos, como Alessandri R., sostienen que todo modo de adquirir necesita de título.**

Argumentos:

- 1.- el Art. 588 CC enumera los modos de adquirir.
- 2.- Tratándose de la *tradición*, el Art. 675 CC señala expresamente que, para que la tradición sea válida, se requiere de un título translativo de dominio.
- 3.- Respecto de la *ocupación*, de la *accesión* y de la *prescripción*, el Art. 703 CC los califica expresamente de títulos constitutivos de dominio, de manera que en estos casos el título se confunde con el modo.
- 4.- Y respecto de la *sucesión por causa de muerte*, hay que distinguir: si es testada, el título será el testamento. Si es intestada, el título será la ley.

- **Otros, como Somarriva, plantean que sólo la tradición requiere de título translativo de dominio, y que los demás modos no requieren de título alguno.**

Argumentos:

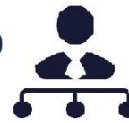
- 1.- El Art. 588 sólo habla de modos de adquirir y no de títulos. De manera que en la tradición, el Art. 675 CC exige el título sólo de manera excepcional.
- 2.- Decir que en la ocupación, en la accesión y en la prescripción el título se confunde con el modo, es lo mismo que decir que estos modos no requieren de título.
- 3.- El Art. 703 CC al calificar de título a la ocupación, a la accesión y a la prescripción, lo hace para efectos posesorios, pero no se refiere a ellos como antecedente en el ciclo adquisitivo del dominio. Pensar de otro modo llevaría a lo absurdo que toda persona que entra en posesión de una cosa pasa a ser inmediatamente dueño de ella.
- 4.- La opinión contraria es incompleta, porque no señala cuál sería el título en aquellos casos en los que opera la ley como modo de adquirir.

Consideraciones: La jurisprudencia pareciera inclinarse por la primera de las posturas, puesto que a propósito de la expropiación ella ha señalado en reiteradas oportunidades *que la ley constituye tanto el título como el modo*, lo que estaría reconociendo indirectamente que todos los modos requieren de título.

13.4.- CLASIFICACIÓN DE LOS MODOS DE ADQUIRIR.

I.- Atendiendo a la procedencia del derecho que se adquiere. Se distingue entre:

a) **Modos de adquirir originarios:** son aquellos a los cuales la ley les atribuye el efecto de hacer *nacer* un derecho real en el patrimonio de su titular, sin que exista un traspaso de ese derecho de un titular a otro. Aquí encontramos la *ocupación*, la *accesión* y la *prescripción adquisitiva*.



b) **Modos de adquirir derivativos:** son aquellos a los cuales la ley les atribuye el efecto de *traspasar* el derecho real de un titular a otro, de manera que el adquirente recibe el mismo derecho que tenía su antecesor. Aquí encontramos la *tradición* y la *sucesión por causa de muerte*.

Los requisitos para estar frente a un modo de adquirir derivativo son:

- *Preexistencia del derecho*, es decir, que el derecho tenga un titular anterior.
- *Traspaso del derecho*, de un antecesor a un sucesor. El **traspaso** puede revestir dos formas:
 - a) **transferencia**, que es el traspaso por acto entre vivos.
 - b) **transmisión**, que es el traspaso por causa de muerte.

Comentario: La prescripción es un modo de adquirir originario porque si bien, existe un titular anterior, falta el traspaso del derecho.

Importancia de esta clasificación: Se traduce en el adagio “*nadie puede traspasar más derechos ni mejores de los que tiene y de la forma como los tiene*”. En consecuencia:

- En los modos de adquirir derivativos, el adquirente sólo puede adquirir los derechos que tenía su antecesor, y si esos derechos estaban sujetos a gravamen, el adquirente los adquiere con ese mismo gravamen.
- En los modos de adquirir originarios, el derecho nace en el patrimonio de su titular, libre de todo gravamen.

II.- Atendiendo a si es necesario o no el fallecimiento del titular para opere el modo de adquirir. Se distingue entre:

a) **Modos de adquirir entre vivos:** son aquellos que *no* requieren del fallecimiento del titular del derecho para que opere el modo de adquirir. Aquí encontramos a la *ocupación*, la *accesión*, la *tradición* y la *prescripción adquisitiva*.

b) **Modos de adquirir por causa de muerte:** son aquellos que precisan del fallecimiento del titular del derecho para que opere el modo de adquirir. Aquí encontramos la *sucesión por causa de muerte*.

III.- Atendiendo a la extensión de lo que se puede adquirir en virtud del modo. Se distingue entre:

a) **Modos de adquirir a título singular:** son aquellos que permiten adquirir *una o más especies o cuerpos ciertos*, o bien, *una o más cosas indeterminadas dentro de cierto género determinado*. Aquí encontramos a la *ocupación*, la *accesión*, la *tradición* por regla general (excepción: tradición del derecho real de herencia), la *prescripción* por regla general (excepción: prescripción del derecho real de herencia), y la *sucesión por causa de muerte*, cuando se trata de un legado.

b) **Modos de adquirir a título universal:** son aquellos que permiten adquirir un derecho sobre una *universalidad jurídica*, ya sea en su totalidad, o bien, en una cuota de



ella. Aquí encontramos la *tradición del derecho real de herencia*, la *prescripción del derecho real de herencia*, y la *sucesión por causa de muerte*, cuando se trata de una herencia.

IV.- Atendiendo a si es necesario hacer un desembolso para que opere el modo de adquirir. Se distingue entre:

a) **Modos de adquirir a título gratuito:** son aquellos en los que no se necesita hacer un *desembolso* para que opere el modo de adquirir. Aquí encontramos a la ocupación, la accesión, la tradición, cuando el título translativo de dominio que le sirve de antecedente es gratuito (ej. Donación), la prescripción y la sucesión por causa de muerte.

b) **Modos de adquirir a título oneroso:** son aquellos en los que se necesita hacer un *desembolso* para que opere el modo de adquirir. Aquí encontramos la tradición, cuando el título translativo de dominio que le sirve de antecedente es oneroso (ej. Compraventa).

13.5.- REFIÉRASE A LA APLICACIÓN DEL SISTEMA ADQUISITIVO EN LA FORMACIÓN DE LOS DIVERSOS HABERES DE LA SOCIEDAD CONYUGAL.

Respecto de esta materia, resulta determinante distinguir el *título de adquisición*, para determinar el destino de los bienes, así resultará que:

A).- Tratándose de las **adquisiciones a título oneroso**: La regla es que las adquisiciones a título onerosos que se hagan durante la vigencia de la SC, sea de bienes muebles o inmuebles, ingresan al *haber absoluto* de la sociedad conyugal (Art. 1725 n° 5 CC).

Por consiguiente, las adquisiciones a título oneroso que se hagan antes o después de la SC, ingresan al *haber propio* del cónyuge adquirente, y para determinar el momento de la adquisición, como ya sabemos, hay que estarse al *título y excepcionalmente al pre-título*.

Cabe, por último, tener presente las excepciones al Art 1725 n° 5 CC, que son:

1.- *Las adquisiciones a título onerosos que haga la mujer en el ejercicio de su patrimonio reservado.*

2.- *El inmueble que ha sido debidamente subrogado por un bien propio de alguno de los cónyuges.*

3.- *Casos de los arts. 1728 y 1729 CC (casos de comunidad entre el cónyuge y la SC)*

B).- Tratándose de las **adquisiciones a título gratuito** hay que distinguir:

i.- Las adquisiciones a título gratuito de **bienes muebles** que se hagan durante la vigencia de la sociedad conyugal, ingresan al *haber relativo* de la misma.

ii.- Las adquisiciones a título gratuito de **bienes raíces** que se hagan durante la vigencia de la sociedad conyugal, incrementan el *haber propio* del cónyuge adquirente.



IDEAS GENERALES SOBRE LA OCUPACIÓN, LA ACCESIÓN Y LA LEY COMO MODOS DE ADQUIRIR (tema excluido del cedulario, pero se recomienda su lectura).

*La tradición, la prescripción adquisitiva y la sucesión por causa de muerte se analizarán en detalle en sus respectivas cédulas.

I.- LA OCUPACIÓN.

Concepto: Es un *modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie, y cuya adquisición no esté prohibida por las leyes chilenas ni por el derecho internacional* (Art. 606 CC).

Requisitos:

a) **Que se trate de cosas que no pertenecen a nadie:** Estas cosas pueden asumir tres formas:

- *cosas que nunca han tenido dueño (res nullius)*. Ej.: los animales bravíos o salvajes, las piedras y conchas que arroja el mar sin señales de dominio anterior.

- *cosas que han tenido dueño pero han dejado de tenerlo, porque el dueño las ha abandonado para que las haga suya el primer ocupante (res derelictae)*. Ej.: las monedas arrojadas a la multitud; o si una persona compra un diario, y después de leerlo lo arroja a la calle.

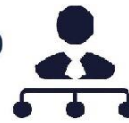
- *cosas que han tenido dueño pero han dejado de tenerlo por permanecer largo tiempo ocultas, sin que haya señales de aquél*. Ej.: el tesoro.

De aquí se desprende que sólo pueden adquirir por ocupación las cosas **muebles**, porque en nuestro país no hay inmuebles que no pertenezcan a nadie. En efecto, de acuerdo al Art. 590 CC, *el Estado es dueño de todos los inmuebles situados en Chile y que carecen de otro dueño*.

b) **Que su adquisición no esté prohibido ni por las leyes chilenas ni por el derecho internacional:** En materia nacional, por ejemplo, la ley prohíbe la caza y la pesca de ciertas especies, ya sea en forma temporal o perpetua. En materia internacional, por ejemplo, se prohíbe el pillaje, que es la apropiación que hace no un soldado en particular de bienes del vencido.

c) **Que la cosa sea aprehendida materialmente con ánimo o intención de adquirirla.** De aquí fluyen dos elementos: uno objetivo y otro intencional:

- *Elemento objetivo:* la aprehensión material puede ser real o presunta. Es real, cuando el individuo efectivamente toma la cosa; y es presunta, cuando por ejemplo, cuando un cazador o pescador ha herido gravemente a un animal y va en su persecución, de tal manera que el animal no pueda ya escapársele, o bien, cuando el animal ha caído en sus trampas o redes.



- *Elemento intencional*: la aprehensión debe ir acompañada del ánimo de adquirir el dominio. De ahí que los dementes y los infantes, que carecen de absoluta voluntad, no pueden adquirir por ocupación.

Características: Es un modo de adquirir: a) originario; b) entre vivos; c) a título singular; d) a título gratuito.

Ámbito de aplicación: La ocupación sólo opera respecto de cosas corporales muebles y singulares.

Clases:

a) Ocupación de cosas animadas:

1.- Comprende la caza y la pesca, que son especies de ocupación.

2.- El CC divide a los animales, para los efectos de la ocupación en *bravíos o salvajes*; *domésticos* y *domesticados*. Los animales *bravíos* son los que viven naturalmente libres e independientes del hombre, como las fieras y los peces; *Domésticos*, son los que pertenecen a especies que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, como las gallinas y las ovejas; y *Domesticados*, son los que, sin embargo de ser bravíos por su naturaleza, se han acostumbrado a la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre. Estos últimos mientras conservan la costumbre de volver al amparo del hombre, siguen la regla de los animales domésticos –no pueden ser objeto de ocupación porque tienen dueño–, y perdiendo esa costumbre, vuelven a la clase de los bravíos.

3.- Sólo puede ser objeto de caza y pesca los animales bravíos, y los domesticados, cuando han vuelto a ser bravíos.

b) Ocupación de cosas inanimadas

1.- **Invención o hallazgo**: especie de ocupación por la cual se encuentra una cosa que no pertenece a nadie.

2.- **El tesoro**: De acuerdo al Art. 625 CC, el descubrimiento del tesoro es una especie de invención o hallazgo.

Concepto de tesoro: *las monedas, joyas u otros efectos preciosos, que elaborados por el hombre han permanecido largo tiempo sepultados o escondidos sin que haya memoria o indicio de su dueño* (Art. 625 CC)

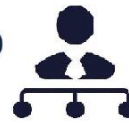
¿A quién pertenece el tesoro?

Hay que distinguir:

a) Si el tesoro se descubre en terreno propio, al propietario del suelo le pertenece la totalidad del tesoro; la mitad a título de propietario y la otra mitad a título de descubridor.

b) Si el tesoro se descubre en terreno ajeno, hay que subdistinguir:

b.1) Si el descubrimiento fue fortuito o la búsqueda fue con permiso del dueño del terreno, el tesoro se divide por mitades; 50% para el descubridor y 50% para el dueño del suelo.



b.2) Si el descubrimiento no fue fortuito o la búsqueda fue sin permiso del dueño del terreno, el tesoro corresponde en su totalidad al dueño del suelo (Art. 626 CC).

3.- Captura bélica: *es una especie de ocupación que sólo opera en tiempos de guerra*, y al respecto hay que distinguir:

- En la guerra terrestre, sólo pueden ser objeto de captura bélica los bienes del Estado enemigo (no de los privados).
- En la guerra marítima, pueden ser objeto de captura bélica tanto las naves del Estado enemigo como las mercantes (particulares).
- En la guerra aérea, puede ser objeto de captura bélica las aeronaves abatidas.

c) Ocupaciones de especies al parecer perdidas y especies náufragas. En principio estas cosas no puede ser objeto de ocupación, porque son cosas que sí tienen dueño, sólo que éste no se conoce. Sin embargo, cumplidas las diligencias que la ley prescribe para averiguar quién es el dueño, y en el caso de que éste no aparezca o no haga valer sus derechos, las cosas en comento pueden ser adquiridas por las personas que las han hallado. Distingamos:

➤ Tratándose de las cosas al parecer pérdidas:

a) Se comprenden aquí las cosas que el dueño haya perdido por caso fortuito, el tesoro cuyos efectos preciosos sean de fecha reciente, el tesoro que se encuentra en la superficie de la tierra, y en general, todas las cosas muebles que presenten señales de dominio anterior.

b) Las reglas que establece el legislador tienen por objeto encontrar al dueño de la cosa perdida, y le imponen al sujeto que halló la cosa el deber de entregarla a la municipalidad, para que ésta proceda a las publicaciones correspondientes. Luego, pueden suceder dos cosas:

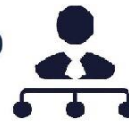
- Que dentro del plazo legal no aparezca el dueño de la cosa. En este caso, la cosa se venderá en pública subasta y el producto se dividirá por partes iguales entre el que halló la cosa y la municipalidad, previas deducciones de los gastos de conservación y demás de incidieren. Si la persona que encontró la cosa omite las diligencias prescritas por la ley, pierde su porción a favor de la municipalidad, y queda sujeta la indemnización de perjuicios y a la pena de hurto, en su caso.

- Que antes de la subasta aparezca el dueño de la cosa. En este caso, la cosa le será restituida y deberá pagar al que la encontró el *premio de salvamento*.

*En caso de que el dueño **ha ofrecido recompensa:** No puede retractarse de ella, pues se entiende que ha resultado obligado en virtud de la declaración unilateral de voluntad. Luego, el que encontró la especie, *puede elegir entre el premio de salvamento o la recompensa*.

➤ Tratándose de las especies náufragas.

a) Se incluyen aquí las naves o algunas de sus partes, sus efectos muebles y la carga, y en general, cualquier objeto caído al mar, a un río o a un lago.



b) Las personas sepan de las especies náufragas deben denunciarlas a la Autoridad marítima respectiva.

c) Luego de ello, hay que distinguir dos hipótesis:

- Si el dueño de las especies náufragas se presenta a reclamarlas: Las especies les serán restituidas, y el dueño deberá pagar los gastos de salvamento y una gratificación –que no puede exceder de la mitad del valor de las especies– a la persona que las halló.

- Si el dueño de las especies náufragas no se presenta a reclamarlas: Se produce a la publicación de avisos, y en lo demás se procede como en las especies al parecer perdidas.

2.- LA ACCESIÓN.

Concepto: Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce, o de lo que se junta a ella (Art. 643 CC).

Características: La accesión es un modo de adquirir: a) originario; b) entre vivos; c) a título singular; d) gratuito.

Campo de aplicación: La accesión procede respecto de cosas corporales muebles e inmuebles, y singulares.

Naturaleza jurídica: Para algunos es un modo de adquirir porque así lo dice el Art. 588 y 643 CC. Para otros es una simple proyección de la facultad de goce que concede el dominio.

Y otros plantean una posición ecléctica: la accesión es un modo de adquirir en el caso de la accesión propiamente tal, y una mera proyección de la facultad de goce, en el caso de la accesión de frutos (pareciera ser ésta la mayoritaria).

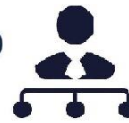
Clases: Hay dos tipos de accesión **I) Accesión de frutos; II) Accesión propiamente tal.**

I) ACCESIÓN DE FRUTOS: es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce.

Distinción entre frutos y productos: **Producto** es todo lo que una cosa da o sale de ella (género) ej.: las piedras sacadas de una cantera. **Fruto** es todo lo que una cosa da o sale de ella *periódicamente y sin detrimento de su sustancia* (especie), ej.: los frutos de los árboles. En consecuencia, si lo que la cosa da o sale de ella no es periódica o es con detrimento de su sustancia, estaríamos en presencia de productos.

La *importancia* de esta distinción se presenta a propósito de terceros, y no respecto del dueño, ya que éste hace suyos tanto los frutos como los productos. Así:

a) El usufructuario puede hacer suyos los frutos de la cosa usufructuada, pero no los productos.



b) El tutor o curador tiene derecho a remuneración, que corresponde a la décima parte de los frutos de los bienes del pupilo. Es decir, se calcula en base a los frutos y no de los productos.

Clasificación de los frutos:

- a) **Frutos naturales:** son los que da la naturaleza, ayudada o no por la industria humana. En consecuencia, los frutos naturales pueden ser:
 - Frutos naturales propiamente tales: son los que da la naturaleza en forma espontánea.
 - Frutos industriales: son los que da la naturaleza ayudada por la industria humana.

Estado en que pueden encontrarse los frutos naturales:

- a) Pendientes: son los que todavía adhieren de la cosa que los produce, por ejemplo, los frutos de los árboles que aún no han sido cosechados.
 - b) Percibidos: son los que han sido separados de la cosa que los produce, por ejemplo, las frutas cosechadas, las maderas cortadas.
 - c) Consumidos: son los que han sido consumidos realmente o se han enajenado.
- Esta clasificación no tiene ninguna importancia respecto del propietario de la cosa; sólo la tiene respecto de tercero, porque éstos únicamente se hacen dueño de los frutos mediante su percepción.

- b) **Frutos civiles:** Son las utilidades que recibe el propietario de una cosa de parte de un tercero, en compensación por haberle concedido el uso y goce de la cosa. Por ejemplo, la renta de arrendamiento.

Estado en que pueden encontrarse los frutos civiles:

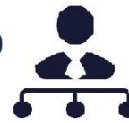
- a) Pendientes: son los que se deben;
- b) Percibidos: son los que se han cobrado (debió decir “pagados”) (Art. 647 Inc. 2 CC).

¿A quién pertenecen los frutos naturales y civiles? La regla general es que pertenezcan al dueño de la cosa.

Excepciones:

1.- Excepciones legales:

- a).- el padre o madre del hijo sujeto a patria potestad, hace suyos los frutos de los que los bienes de éste producen.
- b).- La sociedad conyugal hace suyos los frutos que producen los bienes propios de los cónyuges.
- c).- El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos hasta antes de la contestación de la demanda de reivindicación.



2.- Excepciones convencionales: En virtud de un acto jurídico, el dueño puede disponer que los frutos le pertenezcan a un tercero, como en el caso del usufructo o arrendamiento.

II.- Accesión propiamente tal: Es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que se *junta* a ella.

En definitiva este tipo de accesión tiene lugar cuando se unen una o más cosas de diferentes dueños, de manera que forman un todo indivisible. Y en virtud del *principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, el dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesorio:

Clases:

1.- Accesiones de inmueble a inmueble.

Casos:

a) **Aluvión:** Es el *aumento de la ribera de la mar o de un río o lago por el lento e imperceptible retiro de las aguas*. El terreno de aluvión pertenece a los propietarios de los predios ribereños, excepto en los puertos habilitados, donde el terreno del aluvión pertenece al estado.

b) **Avulsión:** Es la *parte del suelo que, arrancada por una avenida o por otra fuerza natural violenta, es transportada de un predio a otro*. Si el dueño de la parte arrancada no la reclama dentro de 1 año, la hace suya el dueño del predio a que fue transportada.

c) **Cambio de cause de un río:** Un río puede cambiar de cauce de dos maneras: cargándose a una de las riberas, dejando la otra definitivamente seca. O bien cambiando enteramente de cause, dejando seco el anterior. En el primer caso, la parte descubierta accede a los propietarios ribereños. En el segundo caso, la parte descubierta accede a las heredades contiguas.

d) **Formación de nuevas islas:** En general, las nuevas islas que se forman en el mar territorial o en ríos o lagos que puedan navegarse por buques de más de 100 toneladas pertenecen al Estado; en los demás casos hay que estarse a la rigurosa reglamentación que establece el CC en el Art. 656 CC.

2.- Accesiones de mueble a mueble.

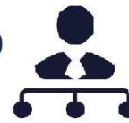
Casos:

a) **Adjunción:** se configura cuando *dos cosas muebles pertenecientes a diferentes dueños se juntan, conservando su fisonomía individual en caso de poder separarse*. Ej.: que en el marco ajeno se ponga un espejo propio.

Lo que aquí sucede es que el dueño de la cosa principal se hace dueño de la cosa accesorio, debiendo eso sí pagar el valor de la cosa accesorio.

¿Cuál es la cosa principal? El Código da las siguientes reglas:

1.- La cosa que tiene mayor *estimación* se mirará como principal, entendiéndose por ella, la cosa que para su dueño tenga un gran valor de afección.



2.- Si no hay tanta diferencia en la estimación, se mirará como principal la cosa que *no sirva para el uso, ornato o complemento de la otra*.

3.- Si no pueden aplicarse las reglas anteriores, se mirará como principal la cosa que tenga más *volumen*.

b) Especificación: es la *creación o producción de una cosa nueva, empleando materia ajena, sin el consentimiento del propietario*. Implica por un lado, trabajo humano, y por otro, la materia ajena. Ej.: si de uvas ajenas se hace vino o de madera ajena una nave.

La regla general es que el dueño de la materia se haga dueño de la cosa nueva, pagando su precio (en los tiempos de Napoleón, el trabajo humano era mirado como un valor de inferior jerarquía, y nuestro Código no hizo sino pegar en esta parte el Código del Francés).

Excepción: Se da si la obra nueva *vale mucho más* que los materiales, como cuando se pinta un lienzo ajeno, o piedra ajena se hace una estatua. En este caso, la obra nueva pertenece al especificante, debiendo eso sí indemnizar perjuicios.

c) Mezcla: es la *unión de ácidos o líquidos pertenecientes a diferentes dueños, de manera que se confunden en el conjunto y dejan de ser distintos y reconocibles*.

En este caso, la mezcla pertenece en común a los dueños de las sustancias mezcladas, a prorrata del valor de la sustancia respectiva. Como se observa, aquí no hay accesión. La accesión en verdad se produce cuando el valor de la sustancia de uno fuere *considerablemente superior* a la del otro, pues en este caso el dueño de ella puede reclamar la mezcla, pagando el valor de la otra sustancia.

Concurrencia de la especificación y la adjunción o la mezcla. Si la materia de la obra respectiva es en parte propia y en parte ajena, la especie pertenecerá en común a los dos propietarios, al uno a prorrata del valor de los materiales, y al otro, a prorrata del valor de la suya y de la obra (Art. 662 Inc. final).

*Observación: Tanto en la especificación, como en la adjunción y en la mezcla, se requiere que *no haya conocimiento de una de las partes, ni mala fe de parte de la otra*, para que opere la accesión.

3.- Accesión de mueble a inmueble (Art. 668 y 669 CC).

Advertencia: Es indispensable, para que se produzca esta clase de accesión, la carencia de un vínculo contractual. Si entre las parte media un convenio no hay accesión sino otro modo de adquirir.

Casos:



a) Construcción: se configura cuando *el dueño del suelo construye con materiales ajenos, o bien, cuando el dueño de los materiales construye en suelo ajeno.*

En cuanto a las consecuencias, hay que distinguir:

- Si el dueño del suelo construye en su suelo con materiales ajenos:

a) Si el dueño de los materiales no tenía conocimiento del hecho, la regla es que el dueño del suelo *adquiere la construcción*, estando obligado a pagar el precio de los materiales y las demás indemnizaciones que establece la ley.

b) Si el dueño de los materiales tenía conocimiento del hecho, la regla es que el dueño del suelo también se haga dueño de la construcción, estando en este caso sólo obligado a pagar el precio de los materiales.

- Si el dueño de los materiales construye en suelo ajeno:

a) Si el dueño del suelo no tenía conocimiento del hecho, surge para él un derecho de opción: hacer suya la construcción, pagando las correspondientes indemnizaciones, o bien, obligar al que construyó a que le pague el precio del terreno más los rubros legales que procedan.

b) Si el dueño del suelo tenía conocimiento del hecho, para recobrar el suelo, tendrá que pagar el valor de la construcción (Art. 668 y 669 CC)

b) Plantación o siembra: se configura cuando *el dueño del suelo planta o siembra con plantas o semillas ajenas; o bien, cuando el dueño de las plantas o semillas planta o siembre en suelo ajeno.* Se aplican las mismas reglas vistas a propósito de la construcción (Art. 668 CC).

LA LEY. Si bien el Art. 588 CC no la menciona como modo de adquirir, los autores y la jurisprudencia están de acuerdo en que la ley en ciertos casos opera como modo de adquirir, por ejemplo:

1.- El usufructo legal del padre o madre sobre los bienes del hijo sujeto a patria potestad.

2.- El usufructo legal el marido sobre los bienes de la mujer casa en sociedad conyugal.

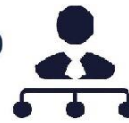
3.- En la adquisición del tesoro, en la parte que corresponde al dueño del suelo.

4.- En la expropiación por causa de utilidad pública (sirve de título y modo del bien expropiado).

CÉDULA N° 14: LA TRADICIÓN.

14.1.- CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.

Concepto: Según el Art. 670 Inc. 1 CC, la tradición es un *modo de adquirir el dominio de las cosas, y consiste en la entrega que el dueño de ellas hace a otro, habiendo por una*



parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo.

Entrega y tradición. La **entrega** es un *hecho material que consiste en traspasar físicamente una cosa, ej.:* la entrega que el arrendador hace al arrendatario de la cosa arrendada o la entrega que el comodante hace al comodatario de la cosa prestada (títulos de mera tenencia). La **tradición**, en cambio, es una *entrega que implica transferencia de dominio*.

Diferencias

1.- En la tradición el tradente y adquirente tienen *la intención* de transferir y adquirir el dominio, respectivamente. En cambio, en la simple entrega, no existe dicha intención.

2.- La tradición supone un *título translativo de dominio*, como la compraventa o la donación. En cambio, la simple entrega supone un *título de mera tenencia*, como el arrendamiento o el comodato.

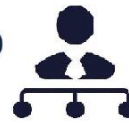
3.- En virtud de la tradición, a quien se hace ésta pasa a ser *dueño o poseedor*, según el caso. En cambio, en la simple entrega, la persona a quien se hace ésta es *únicamente mero tenedor*.

Situación en el CC. El CC en diversas ocasiones utiliza impropriamente ambas expresiones. En algunos casos las hace sinónimas, en otros emplea la expresión tradición debiendo haber dicho entrega, en otros habla de entrega debiendo haber dicho tradición:

a) El legislador hace sinónimas ambas expresiones. Ej.: en los arts 1824, 1739. En el art. 1824 el legislador señala que las obligaciones del vendedor son en general dos: *la entrega o tradición* y el saneamiento de la cosa vendida; por su parte el Art. 1739 Inc. 4, señala que tratándose de cosas muebles los terceros de buena fe que contraten a título oneroso con cualquiera de los cónyuges, quedan cubierto de toda reclamación que puedan intentar los cónyuges fundada en que el bien es social o del otro cónyuge, siempre que el cónyuge contratante haya hecho al tercero de buena fe la *entrega o tradición de la cosa*.

b) El legislador utiliza la palabra tradición cuando en verdad ha debido decir entrega, ej.: los arts. 1443 y 2174, en el 1443 define a los contratos reales como aquellos que se perfeccionan con la *tradición* de la cosa que se refiere; por su parte el 2174, al definir comodato señala que es un contrato por el cual una de las partes entrega gratuitamente a la otra una especie mueble o inmueble para que haga uso de ella con cargo de restituir esa misma especie al término del uso, agregando en el Inc. 2 que el contrato no se perfecciona sino por la *tradición* de la cosa.

c) El legislador dijo entrega cuando debió decir tradición ej.: en el Art. 2196 que al definir el mutuo señala que es un contrato por el cual una de las partes *entrega* a la otra cierta cantidad de cosas fungibles con cargo de restituir otras tantas del mismo género y calidad.



Naturaleza jurídica: La tradición tiene una doble naturaleza:

- a) Por un lado, es un *modo de adquirir el dominio* (Art 588 y 670);
- b) Por otro, es un *acto jurídico bilateral o convención*, porque requiere del consentimiento del tradente y del adquirente.

Vale entonces preguntarnos lo siguiente: si sabemos que los actos jurídicos están destinados a crear, modificar o extinguir derechos y obligaciones o a producir otras consecuencias jurídicas relevantes, ¿en qué categoría ubicamos a la tradición?

- Algunos sostienen que la tradición es una *convención extintiva*, ya que por medio de ella se extinguen los derechos y obligaciones que habían nacido del título translativo de dominio que le sirve de antecedente, y en ese sentido la tradición constituye pago.
- Otros entienden que la tradición es una *convención translativa*, porque el efecto propio de la tradición es transferir el dominio. En consecuencia, la tradición tendría por objeto producir una consecuencia jurídica distinta de las tradicionales, cual es el traspaso de un derecho (mayoritaria).

14.2.- CARACTERÍSTICAS COMO MODO DE ADQUIRIR:

1.- Es un modo de adquirir *derivativo*, porque el derecho no nace en el adquirente; el tradente es titular de un derecho preexistente, y éste lo traspasa al adquirente.

2.- Es un modo de adquirir *entre vivos*, porque no se requiere la muerte del tradente para que la tradición opere.

3.- Por regla general es un modo de adquirir a *título singular*; excepcionalmente es a *título universal*, en el caso de la tradición del derecho real de herencia.

4.- Es un modo de adquirir que puede ser a título *gratuito u oneroso*, según sea la naturaleza del título que sirve de antecedente a la tradición.

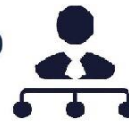
5.- Es el único modo de adquirir que indiscutiblemente requiere de un título.

Ámbito de aplicación: Por la tradición se puede adquirir:

- 1.- El dominio y los demás derechos reales transferibles.
- 2.- Los derechos personales transferibles (al igual que la sucesión por causa de muerte).
- 3.- Las cosas corporales e incorporeales.
- 4.- Las cosas muebles e inmuebles.
- 5.- Las cosas singulares y universales.

14.3.- REQUISITOS DE LA TRADICIÓN.

Hay cuatro requisitos o elementos: I) personal o subjetivo (la capacidad); II) intencional o consensual; III) causal o jurídico; IV) formal (la entrega).



I.- Elemento o requisito personal o subjetivo (la capacidad. Este elemento se refiere a las *partes* en la tradición, las cuales son el tradente y el adquirente. Uno y otro pueden ser una o varias personas.

i) **EL TRADENTE (*tradens*):** es la *persona que por la tradición transfiere el dominio de la cosa entregada por él o a su nombre* (Art. 671 Inc. 1 CC).

Requisitos del tradente:

1.- Debe ser dueño de la cosa.

***Situación de la tradición de cosa ajena (*tradición a non domino*):** Si el tradente no es dueño de la cosa, la tradición es válida, pero no transfiere el dominio, porque nadie puede transferir más ni mejores derechos de los que tiene. Sin embargo, la tradición de cosa ajena produce las siguientes consecuencias:

a) El tradente transfiere los demás derechos reales transferibles que tenía sobre la cosa tradida.

Aquí se produce el problema de que, siendo la tradición una convención, no concurre el consentimiento del tradente ni del adquirente para esta transferencia. De ahí que los autores señalen que en este caso es la ley la que opera como modo de adquirir, porque la consecuencia translativa viene impuesta por el legislador.

b) Como *efecto fáctico*, la tradición de cosa ajena deja al adquirente en la calidad de poseedor, de manera que si transcurre el tiempo y concurren los demás requisitos legales, puede llegar a adquirir el dominio por prescripción adquisitiva (Art.683).

c) Si el tradente con posterioridad adquiere el dominio de la cosa, se entiende que transfirió el dominio desde la fecha de la tradición (Art. 682 Inc. 2).

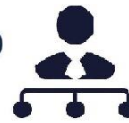
d) Si con posterioridad el verdadero dueño ratifica esa tradición, se entiende que el adquirente es dueño desde la fecha de la tradición (Art.672).

2.- Debe tener la facultad de transferir el dominio. Los autores señalan que, con la palabra "*facultad*" el legislador exige que el tradente tenga **CAPACIDAD DE EJERCICIO Y FACULTAD DE DISPOSICIÓN** (estar en condiciones de enajenar).

No habrá capacidad de ejercicio si el tradente es incapaz, en cuyo caso deberá actuar a través de su representante legal o autorizado por éste, o sólo a través de aquél, según se trate de un incapaz relativa o absoluto, respectivamente.

No habrá facultad de disposición, ej.: si la cosa objeto de la tradición está embargada; o se ha decretado a su respecto una medida precautoria de prohibición de celebrar actos o contratos; o si hay prohibición de enajenar, etc.

3.- Debe tener la intención de transferir el dominio. Ello quiere decir que el tradente debe tener la *voluntad* de transferir el dominio de la cosa. Este requisito es evidente ya que, siendo la tradición una convención, es necesario que concorra el consentimiento del tradente.



Con todo, en nuestro país la sola voluntad de transferir el dominio no es suficiente, ya que la tradición en Chile es *causada*, de manera que la intención de transferir está predeterminada por el contenido del título translativo que sirve de antecedente a la tradición. En otras palabras, todo vicio, toda imperfección, toda nulidad que afecte al título repercute en la tradición.

ii) **EL ADQUIRENTE (accipiens)** es la *persona que por la tradición adquiere el dominio de la cosa recibida por él o a su nombre* (Art. 671 Inc. 1 CC).

Requisitos del adquirente:

1.- Debe tener capacidad de adquirir el dominio.

¿A qué se refiere el legislador cuando exige la “capacidad” del adquirente?

- Para algunos, se refiere a que el adquirente debe tener la *facultad de administración*.
- Para otros, se refiere a que el adquirente debe tener *capacidad de goce*.

Esta opinión es criticable en varios sentidos: a) Es absurdo exigir como requisito específico la capacidad de goce, si ésta capacidad es un atributo de la personalidad y por ende, está presente en todas las personas; b) la expresión “capacidad” sin otro calificativo, se refiere a la capacidad de ejercicio; c) como la tradición es un acto jurídico, ambas partes deben tener capacidad de ejercicio para poder actuar por sí mismas.

- La opinión mayoritaria sostiene que el adquirente debe tener *capacidad de ejercicio*.

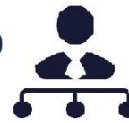
2.- Debe tener la intención de adquirir el dominio: Ello quiere decir que el adquirente debe tener la *voluntad* de adquirir el dominio de la cosa. Este requisito resulta evidente ya que, siendo la tradición una convención, es necesario que concurra el consentimiento del adquirente.

Cabe recordar lo mismo dicho más arriba, esto es, que en nuestro país la sola voluntad de adquirir el dominio no es suficiente, ya que la tradición en Chile es *causada*, de manera que la intención de adquirir está predeterminada por el contenido del título translativo que sirve de antecedente a la tradición (todo lo que afecte al título repercute en la tradición).

II.- Elemento o requisito intencional o consensual. Este elemento está constituido por el **consentimiento**.

Consideraciones:

1.- La tradición siendo una convención, requiere de la *concurrencia de voluntades* de las partes para que el acto sea válido. Y ese consentimiento lo exige el Art. 670 CC al señalar que debe existir la intención de transferir y de adquirir, del tradente y del adquirente, mismo principio que corroboran los arts. 672 y 673 CC.



2.- Como ya dijimos, ésta sola intención no es suficiente, porque en Chile la tradición es causada.

3.- El consentimiento debe recaer sobre:

- a) la **cosa** que es objeto de la tradición;
- b) el **título** que sirve de antecedente de la tradición;
- c) la **persona** del tradente y del adquirente.

4.- El consentimiento debe cumplir con los requisitos de la voluntad en los actos jurídicos, de manera que, entre otras cosas, debe estar exento de vicios, y en materia de tradición los artículos 676 y 677 CC contienen normas especiales sobre el *error*, las cuales no hacen sino confirmar las reglas generales en la materia.

De acuerdo a estas normas hay que distinguir tres hipótesis:

a) Error en la identidad de la cosa tradida, por ejemplo, se debe entregar una cosa X y se entrega otra cosa Y. Este error *vicia el consentimiento* (Art. 676 Inc. 1 CC).

b) Error en la persona del adquirente: hay que distinguir:

- Si se yerra en la persona del adquirente, por ejemplo, se debe entregar la cosa a Juan y se entrega a Pedro. Este error *vicia el consentimiento* (Art. 676 Inc. 1 CC).

- Pero si se yerra sólo en el nombre del adquirente, por ejemplo, cuando se debe entregar una cosa a Pedro Pablo, y se la envía a nombre de Pablo Pedro. Este error *NO* vicia el consentimiento y es válida la tradición (Art. 676 Inc. 2 CC).

c) Error en cuanto al título: aquí hay dos hipótesis:

- cuando sólo *una de las partes supone un título translativo de dominio* (como cuando una parte entrega con ánimo de comodato y la otra recibe con ánimo de donación),
- o cuando *ambas partes suponen títulos translativos de dominio, pero diferentes* (como si una parte supone compraventa y la otra donación).

En ambos casos, el *error vicia el consentimiento* (Art. 677 CC).

Estas normas no hacen sino confirmar las reglas generales acerca del error.

Comparecencia de las partes en la tradición. Las partes pueden comparecer personalmente o representadas (representantes legales o convencionales).

Requisitos para que sea válida la actuación del representante:

- 1.- Debe declarar que está actuando en lugar y a nombre del representado.
- 2.- La voluntad del representante debe estar exenta de vicios (Art. 678 CC)
- 3.- Debe actuar dentro de sus facultades, de lo contrario la tradición será inoponible al representado (Art. 674 CC).

Caso especial de representación legal: El Art. 671 Inc. 3 señala que en las ventas forzadas el juez representa legalmente al tradente. Pero, si la tradición es una convención, ¿cómo se explica que esta tradición sea válida si falta la voluntad del tradente?

1.- Algunos señalan que esto se explica en base a la *garantía patrimonial universal*, ya que cuando una persona se obliga está consintiendo en garantizar dicha obligación con



todo su patrimonio. Esta posición se critica, pues considerando que la garantía patrimonial universal existe para todas las obligaciones personales, no serviría para explicar qué es lo que ocurre con las obligaciones que encuentran una fuente distinta al contrato, ya que en ellas el deudor no ha consentido.

2.- Otros sostienen que la pregunta encuentra su explicación en la *representación legal*, porque en esta la voluntad del representado no tiene trascendencia. Esto es lo que justifica que si el representado es absolutamente incapaz, su representante legal pueda actuar válidamente a su nombre.

¿Qué ocurre si en la tradición falta la voluntad del tradente o del adquirente? En principio, deberíamos concluir que habría inexistencia o nulidad absoluta, según la opinión que se adopte. Y en cualquier caso no podría haber saneamiento por ratificación de las partes. Pero los arts. 672 y 673 CC señala que la tradición que en principio fue inválida por haber faltado la voluntad de una de las partes, se valida retroactivamente por la *ratificación* del dueño que tenga capacidad de enajenar o de su representante.

Opiniones acerca de la naturaleza de estas disposiciones:

1.- Algunos sostienen que aquí hay un caso de excepción, porque el legislador expresamente permitió sanear por ratificación la nulidad absoluta que por sí no lo permite.

2.- Para otros hay un caso de *inoponibilidad respecto del verdadero dueño*, porque cuando el CC habla de la falta de voluntad del tradente, está queriendo decir que falta la voluntad de dueño, esto es, se trataría de una tradición de cosa ajena, que es válida pero inoponible al verdadero dueño. Nada obsta, en todo caso, que éste pueda ratificar.

III.- Elemento o requisito causal o jurídico. Este elemento corresponde al **título** que debe servir de antecedente de la tradición (Art. 675 CC).

Requisitos del título:

1.- Debe ser **translaticio**. El Art. 703 CC define al título translaticio de dominio como *aquel que por su naturaleza sirve para transferirlo*, como la compraventa, la permuta, la donación, el mutuo, el aporte en propiedad a una sociedad.

2.- Debe ser **válido**, es decir, no debe adolecer de ningún vicio de nulidad, pues recordemos que si el título es nulo, la tradición también lo es. Y esta validez se proyecta en dos sentidos:

a) el título debe ser válido en sí mismo. No sería lícito, por ejemplo, si adolece de objeto ilícito.

b) el título debe ser válido respecto de la persona a quien se confiere. No sería válido, por ejemplo, el título de venta entre cónyuges no separados judicialmente o el título de venta entre padre o madre y el hijo sujeto a patria potestad.



IV. Elemento o requisito formal. Este elemento se refiere a la *entrega*, y particularmente, a la *forma* en que se hace la entrega. De ahí que hay que distinguir entre a) tradición de derechos reales sobre cosas corporales muebles; b) tradición de derechos reales sobre cosas corporales inmuebles; c) tradición de derechos personales; d) tradición del derecho real de herencia.

El análisis particular de estas formas de hacer la tradición se hará en la cédula que sigue.

Modalidades en la tradición. El código a propósito de la tradición reguló expresamente este tema: El Art. 680 Inc. 1 CC dice que *la tradición puede hacerse bajo condición suspensiva o resolutoria, pero ambos casos exige que ella se exprese*. A partir de ello surgen los siguientes problemas:

1.- ¿Qué ocurre con la condición resolutoria tácita?

- Algunos autores sostienen que la condición resolutoria tácita no opera en la tradición, porque, por un lado, el Art. 680 Inc. 1 CC exige que la condición se expresa, y la condición resolutoria tácita es tácita, y por otro, porque el Art. 1498 CC señala que la condición resolutoria tácita va envuelta en los contratos bilaterales, y la tradición no es un contrato.

- Otros autores, señalan que la condición resolutoria tácita sí opera en la tradición, pero de manera indirecta. Plantean que cuando el título translativo de dominio que sirve de antecedente a la tradición es un contrato bilateral, y una de las partes lo incumple, el otro podría pedir la resolución, y como en Chile la tradición es causada, quedando sin efecto el título también queda sin efecto la tradición.

2.- ¿Qué ocurre con el pacto de reserva del dominio?

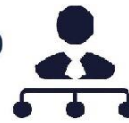
Este pacto supone que las partes han acordado que, no obstante hacerse la tradición, el tradente sigue siendo dueño de la cosa tradida, ya sea hasta el pago del precio o hasta el cumplimiento de una condición (Art. 680 Inc. 2 CC).

En el derecho comparado este pacto es lícito, y opera como una verdadera caución, ya que el tradente sabe que mientras no pague el precio no va a adquirir el dominio.

Sin embargo, en nuestro país hay un problema no zanjado al respecto, ya que hay dos disposiciones aparentemente contradictorias sobre el tema, y que son el **Art. 680 Inc. 2 CC**, ubicado a propósito de la tradición, y el **Art. 1874 CC**, ubicado a propósito de la compraventa.

El razonamiento al respecto es el siguiente:

a) El Art. 680 Inc. 2 parte de la base que *verificada la entrega se transfiere el dominio*, a menos que el vendedor se haya reservado el dominio de la cosa hasta el pago del precio o hasta el cumplimiento de una condición. Entonces, este artículo le reconoce eficacia al pacto en comento.



b) El Art. 1874, señala que el pacto de no transferir el dominio sólo concede las acciones del Art. 1873, esto es, se concede al vendedor *la acción para pedir el cumplimiento o la resolución, y en ambos casos con indemnización de perjuicios*. Entonces, esta disposición estaría reiterando lo que dispone el Art. 1489 que contempla la condición resolutoria tácita, y según la doctrina tradicional, ella exige, para operar, entre otros requisitos, que uno de los contratantes sea diligente, es decir, que haya cumplido su obligación, y que la otra parte sea negligente, esto es, que no haya cumplido la suya. Si aplicamos el razonamiento precedente al Art. 1873, llegamos a la conclusión que el contratante diligente es el vendedor y que el contratante negligente es el comprador. Esto supone, entonces, que el vendedor ya cumplió con su obligación de entrega, y que, por tanto, ya transfirió el dominio. Por otro lado, si el vendedor aún fuese el dueño de la cosa, contaría con la acción reivindicatoria, y el Art. 1874 sólo concede las acciones para pedir el cumplimiento o resolución.

¿Cómo se soluciona esta contradicción? La jurisprudencia ha señalado que se resuelve aplicando el *principio de especialidad*: en consecuencia, el Art. 680 Inc. 2 se aplicaría cuando la tradición está precedida de cualquier título translativo de dominio salvo la compraventa, pues en este caso cabría aplicar el Art. 1874. Esta solución ha sido criticada, porque el Art. 680 Inc. 2 emplea expresiones tales como *vendedor, cosa vendida y precio*, de manera que no sería posible aplicar tal precepto a contratos distintos de la compraventa.

De ahí que se sostenga que, dado que se trata de dos disposiciones que tienen la misma jerarquía, el mismo grado de especialidad, y que fueron dictadas en un mismo momento, cabe aquí aplicar *interpretación derogatoria*, es decir, ambas disposiciones se derogan recíprocamente, configurándose un vacío o laguna legal.

Esta laguna podría ser colmada por los principios generales del derecho civil, encontrándonos con dos principios que también ofrecen soluciones contrapuestas:

- El *principio de la autonomía de la voluntad*, en cuya virtud debemos concluir que estos pactos debieran ser eficaces, porque las partes son libres de estipular lo que estimen conveniente.

- El *principio de la libre circulación de los bienes*, en cuya virtud debemos concluir que estos pactos no serían eficaces, porque obstaculizarían tal circulación.

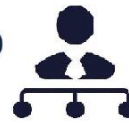
En consecuencia, esta contradicción **no ha sido resuelta** ni a nivel doctrinal ni jurisprudencial.

CÉDULA N° 15: FORMAS DE HACER LA TRADICIÓN.

15.1.- LA TRADICIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS CORPORALES MUEBLES.

De acuerdo al **Art. 684 CC**, deben cumplirse dos requisitos:

a) Que una de las partes le signifique a la otra que le está transfiriendo el dominio;



b) Que esa transferencia *figure por alguno de los siguientes medios*:

Nº 1.- Permitiéndole la aprehensión material de la cosa presente. El código no exige que el adquirente tome la cosa, basta con el tradente le permita la aprehensión material.

Nº 2.- Mostrándosela. Se conoce como “*traditio longa mano*”.

Nº3.- Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera donde esté guardada la cosa. Aquí las llaves deben entregarse materialmente, no basta con que el tradente permita la aprehensión de las mismas. Tampoco se exige que el adquirente abra el lugar en que se encuentra la cosa.

Nº4.- Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido. Vale aquí precisar algunas cosas:

a) La tradición se verifica por el sólo hecho de que el tradente *asuma el encargo* de poner la cosa a disposición del adquirente en el lugar convenido.

b) Jurídicamente se entiende que hay un mandato, cuyo encargo consiste en poner la cosa a disposición del adquirente en el lugar convenido.

c) No es necesario que se cumpla el encargo, pues, como se dijo, la tradición se verifica por el sólo hecho de asumirlo.

d) Normalmente esta forma de tradición será una cláusula que se agregará al contrato que le sirve de título a la tradición.

Nº 5.- De divide en dos:

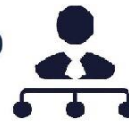
5.1.- Por el título translativo de dominio conferido a favor del mero tenedor (*traditio brevi mano*). Aquí el adquirente es un mero tenedor de la cosa, de manera que ya está materialmente en poder de ella, entonces el legislador para evitar una doble entrega, finge que el mero tenedor ha restituido la cosa y que luego se la han vuelto a entregar.

5.2.- Por el título de mera tenencia en que el propietario se constituye en mero tenedor (*constituto posesorium*). Aquí el tradente y el adquirente celebran dos actos jurídicos. Por una parte, un título translativo de dominio, y por otra un título de mera tenencia. Ej.: el tradente vende la cosa al adquirente, pero acuerdan que el tradente la conservará en su poder como arrendatario. También tiene por objeto evitar una duplicidad de entrega.

6.- El Art. 685 CC contempla otra forma de tradición de bienes muebles: la **separación**. Esta recae sobre frutos pendientes, piedras, u otras cosas que forman parte de un predio, y para que opere dicha separación se requiere del permiso del dueño. El adquirente podrá entrar al predio del tradente a tomar dichas cosas, en el día y hora que ambos convengan.

Problemas:

1.- ¿Es taxativo el Art. 684 y 685 CC? o en otras palabras, ¿las partes podrían hacer la tradición por algún medio distinto de los señalados en el Art. 684 CC y 685 CC?



Los autores no están de acuerdo:

a) Algunos sostienen que estas disposiciones *no* son taxativas, porque la forma de hacer la tradición realmente está en el encabezado del Art. 684, es decir, bastaría con que una de las partes signifique a la otra que le transfiere el dominio. En consecuencia, las partes en virtud de la autonomía de la voluntad, podría hacer tradición por cualquier medio que acuerden.

b) Para otros estas disposiciones son taxativas, por los siguientes argumentos:

1.- La parte que sigue del encabezado del Art. 684 CC dice “*figurando esta transferencia por uno de los medios que siguen*”, lo que denota taxatividad.

2.- El Art. 684 CC comprende formas fictas de hacer la tradición, y como toda ficción legal debe interpretarse restrictivamente.

3.- El Art. 19 n° 24 CC señala que sólo la *ley* puede establecer el modo de adquirir la propiedad.

Actualmente la CS se inclina por la primera posición, esto es, aquella que postula que las disposiciones en comento no son taxativas.

2.- De las formas de hacer la tradición del Art. 684 ¿hay algunas reales y otras fictas o simbólicas?

Algunos autores piensan que sí. Por ejemplo, Pescio, plantea que la tradición real es la del n° 1, y ficta, la de todos los demás numerales. Otros, como Moreno, sostienen que todos los numerales del Art. 684 son tradiciones fictas o simbólicas, incluso la n° 1, porque ella no exige que el adquirente tome la cosa tradida, sino que simplemente el tradente le permita la aprensión material.

15.2.- LA TRADICIÓN DE DERECHOS REALES SOBRE COSAS CORPORALES INMUEBLES.

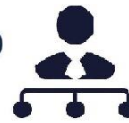
Regla general: Según el Art. 686 se hace mediante la inscripción del título en el registro respectivo del Conservador de bienes raíces.

Consideraciones:

1.- Esta es la forma de hacer la tradición del: *a) derecho real de dominio; b) de usufructo constituido sobre inmueble; c) de uso constituido sobre inmuebles; d) de habitación; e) de censo; f) y de hipoteca.*

2.- Se excluyen los derechos reales de prenda, porque recae sobre muebles, el de herencia, porque recae sobre una universalidad jurídica, y las servidumbres, porque están sujetas a reglas especiales.

3.- Llama la atención que el Art. 686 CC mencione los derechos de uso y habitación, porque según el Art. 819 CC son derechos personalísimos, de manera que no podrían ser objeto de tradición. Frente a esto, los autores comentan que el Art. 686 CC se refiere a la constitución de los derechos de uso y habitación, vale decir, la inscripción es



necesaria para que nazcan los derechos del usuario y habitador. Pero una vez constituidos son intransferibles.

4 Por regla general la inscripción constituye tradición, sin embargo, en ciertos casos desempeña el papel de solemnidad, ej.: la donación entre vivos de bienes raíces, que requiere de escritura pública y de inscripción (Art. 1400 CC); la constitución de usufructo sobre bienes raíces, que requiere de instrumento público inscrito (Art. 767 CC); constitución de los derecho de uso y habitación que requieren de instrumento público inscrito (Art. 812 CC); la constitución de hipoteca, que requiere de escritura pública y de inscripción (Art. 2409 Inc. 1 y 2410 CC); la constitución de censo, que precisa de escritura pública inscrita (Art. 2025 CC).

Vale precisar desde ya que no todos los autores concuerdan en esto. Por ejemplo, Alessandri señala que la tradición no solo constituye la tradición del derecho real de hipoteca, sino también la solemnidad del contrato hipotecario. En cambio, Somarriva afirma que el contrato de hipoteca es perfecto desde que se otorga la escritura pública, y que la inscripción sólo importa la tradición del derecho real de hipoteca.

¿En qué Conservador de bienes raíces se practica la inscripción? *En el conservador del lugar en que se encuentra situado el inmueble.* Si el inmueble por su situación pertenece a varios lugares o si un mismo título se refiere a dos o más inmuebles, la inscripción deberá hacerse en los Conservadores de los distintos lugares en que estén ubicados los inmuebles.

¿En qué registro se debe practicar la inscripción?

- 1.- Tratándose del dominio, se inscribe en el *registro de propiedad*.
- 2.- Tratándose de los demás derecho reales, se inscriben en el *registro de hipotecas y gravámenes*.

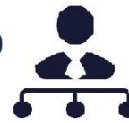
Situación de excepción. Se presenta a propósito de las **servidumbres activas**. De acuerdo al Art. 698 CC, la tradición se efectúa por medio de escritura pública, en que el tradente exprese su intención de constituirla y el adquirente de aceptarla.

Contraexcepción Se presenta a propósito de las **servidumbres de alcantarillados en predios urbanos**, pues ésta debe otorgarse por escritura pública e inscribirse en el registro de hipotecas y gravámenes del Conservador respectivo.

15.3.- TRADICIÓN DE LOS DERECHOS PERSONALES O DE CRÉDITO.

Para saber cómo se hace la tradición de los derechos personales, hay que distinguir según la naturaleza del crédito:

1.- Tratándose de los créditos al portador: La tradición se hace mediante la *simple entrega*.



2.- Tratándose de los créditos a la orden: La tradición se hace mediante el *endoso translaticio de dominio* (firma del titular del crédito puesta al dorso del documento).

3.- Tratándose de los créditos nominativos: Aquí hay que distinguir:

a) entre las partes (cedente y cesionario), la cesión se perfecciona por la sola *entrega del título*.

b) respecto de terceros. La cesión no producirá efectos contra el deudor cedido ni contra terceros, mientras no haya sido *notificada por el cesionario al deudor o aceptada por éste* (Art. 1901 y 1902).

15.4.- TRADICIÓN DEL DERECHO REAL DE HERENCIA.

El Código ha guardado silencio acerca de la forma de hacer la tradición del derecho real de herencia. Y en cuanto a su naturaleza jurídica, los autores no están de acuerdo:

1.- José Ramón Gutiérrez. Dice que la herencia será mueble o inmueble dependiendo de la *naturaleza de los bienes que la componen*. Así:

a) Si la herencia está compuesta sólo de bienes muebles, la herencia será mueble, y la tradición del derecho real de herencia se hará de acuerdo al Art. 684 CC.

b) Si la herencia está compuesta sólo de bienes inmuebles, la herencia será inmueble, y la tradición del derecho real de herencia se hará conforme al Art. 686 CC.

c) Si la herencia está compuesta de bienes muebles e inmuebles, la herencia será inmueble, por aplicación del principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, de manera que la tradición se hará de acuerdo al 686 CC.

Argumentos:

1.- El Art. 580 CC señala que los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según la cosa en que han de ejercerse (o que se debe).

2.- El Art. 1407 Inc. 1, señala que las donaciones a título universal exigen, además de la insinuación, de escritura pública y de inscripción en su caso, esto es, cuando *la universalidad comprende inmuebles*. Y si esto se aplica a la donación que es una liberalidad entre vivos, también cabría aplicarlo a la tradición que es un modo de adquirir entre vivos.

2.- Leopoldo Urrutia. Sostiene que la herencia es una *universalidad jurídica, que no puede ser calificada de mueble o inmueble, porque se trata de un continente distinto de su contenido*. Y como el Código guardó silencio, procede aplicar las reglas generales en materia de tradición, que son a su juicio las reglas de los **bienes muebles**.

Argumentos:

1.- El encabezado del Art. 684 CC, en el fondo está reiterando lo dispuesto en el Art. 670 CC, de lo que se desprende que el estatuto de los muebles es la regla general. El autor precisa, en todo caso, que sólo podría haber tradición simbólica, atendido el carácter de universalidad jurídica que tiene la herencia.



2.- El Art. 686 CC, que es la norma que exige la inscripción, no menciona el derecho real de herencia.

4.- El Art. 688 CC, exige una serie de inscripciones para que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios (resolución judicial o administrativa que concede la posesión efectiva, la inscripción especial de herencia, la inscripción del testamento, en su caso, y de la adjudicación, en su caso) de manera que si se trata de disponer del derecho real de herencia, tales inscripciones no son necesarias.

4.- El Art. 1909, señala que el que cede a título oneroso un derecho de herencia, sin especificar los bienes que la componen, sólo se hace responsable de su calidad de heredero, lo que demuestra la independencia que existe entre el derecho real de herencia y los bienes que componen la misma.

*Cabe tener presente que esta es la opinión mayoritariamente aceptada en doctrina y jurisprudencia.

EFFECTOS DE LA TRADICIÓN. Aquí hay que distinguir: a) si el tradente era dueño de la cosa tradida; b) o si no lo es:

a) Si el tradente era dueño:

1.- La tradición *transfiere el dominio* de la cosa.

2.- Como la tradición es un título derivativo, el adquirente adquiere el derecho en las *mismas condiciones que lo tenía el tradente*.

b) Si el tradente no era dueño (tradición de cosa ajena):

1.- Esta tradición es válida, pero *no transfiere el dominio*.

2.- El tradente va a transferir al adquirente todos los derechos reales transferibles de que era titular.

3.- Si con posterioridad a la tradición el tradente adquiere el dominio, se entiende que el adquirente es dueño desde la fecha de la tradición.

4.- Si con posterioridad a la tradición el verdadero dueño ratifica, o sea, hace suyos los efectos de ese acto en cuya celebración no ha intervenido, el adquirente será considerado dueño desde la fecha de la tradición.

5.- Como *efecto fáctico*, la tradición deja al adquirente en calidad de *poseedor*. Por lo tanto, si transcurre el tiempo, y concurren los demás requisitos legales, puede llegar a convertirse en dueño por prescripción adquisitiva.

ÉPOCA PARA EXIGIR LA TRADICIÓN.

Hay que estarse a lo que diga el título, pudiendo presentarse tres situaciones:

a) Si la *obligación es pura y simple*, la tradición debe verificarse tan pronto se perfeccione el título.

b) Si la *obligación está sujeta a condición suspensiva*, la tradición debe verificarse una vez cumplida la condición.



c) Si la *obligación está sujeta a un plazo suspensivo*, la tradición debe verificarse una vez vencido el plazo.

CÉDULA N° 16: ROLES DE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA.

16.2.- ROLES DE LA INSCRIPCIÓN EN RELACIÓN A LOS CONTRATOS. SITUACIÓN DE LA COMPRAVENTA Y EL CONTRATO DE HIPOTECA.

BELLO MENSAJE (párrafo XXI) *“La transferencia y transmisión de dominio, la constitución de todo derecho real, exceptuadas las servidumbres, exige una tradición; y la única forma de tradición que para esos actos corresponde es la inscripción en el Registro Conservatorio. Mientras la inscripción no se verifica un contrato puede ser perfecto, puede producir obligaciones y derechos entre las partes, pero no transfiere el dominio, no transfiere ningún derecho real, ni es oponible a terceros”*; sólo la **tradición** tiene la virtud de transferir los derechos reales, y la única manera de efectuarla, tratándose de inmuebles, es la inscripción conservatoria. En consecuencia, mientras no se inscribe la escritura de venta del bien raíz, éste permanece en el patrimonio del vendedor; si muere antes de que la inscripción se realice, el dominio de la cosa se radica en sus herederos. Y si el comprador vende el inmueble antes de inscribirse a su nombre, vende una cosa ajena. En razón de no adquirir la calidad de dueño antes de la inscripción, tampoco puede el comprador entablar acción reivindicatoria

En relación a la compraventa y la hipoteca, hay que estarse a la cédula respectiva.

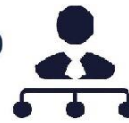
16.3.- ROLES DE LA INSCRIPCIÓN EN MATERIA POSESORIA.

ROLES GENERALES QUE CUMPLE LA INSCRIPCIÓN CONSERVATORIA:

1.- Publicidad. La inscripción persigue, en primer término, *poner la propiedad raíz a vista de todos*, a fin de que se conozca su titular y sus gravámenes. De este modo, se evitan los posibles engaños de que pudieran ser víctimas los terceros.

2.- Seguridad. En nuestro país, a diferencia de otros sistemas como el alemán o austriaco, la inscripción en el Registro conservatorio no prueba el dominio: sólo prueba la posesión. En nuestra legislación la única forma de probar el dominio es mediante la prescripción. De ahí que se hace un estudio de títulos, se estudian los títulos hasta los 10 años, para poner a cubierto todo (prescripción adquisitiva extraordinaria).

Se dice que Andrés Bello tuvo el deseo de garantizar con la inscripción no solo la posesión, sino también la propiedad; pero estimó que ello tendría dificultades insalvables. Para ello –dice el mensaje del Código– hubiera sido necesario obligar a todo propietario de bienes raíces a inscribirlos, debiendo justificar sus respectivos títulos; y claro está que no



era posible obtener ese resultado, sino por medios compulsivos, que producirían complicados, embarazos e interminables juicios.

No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella dejará subsistentes los derechos de verdadero propietario, que solamente podría extinguirse por la prescripción competente. Eh ahí la seguridad de la inscripción.

Sin embargo, Andrés Bello incorporó diversos mecanismos que permitieran gradualmente ir incorporando los bienes raíces al sistema registral:

- la *tradición de los bienes raíces* debe hacerse a través de la respectiva inscripción en el registro conservatorio.

- para que los herederos puedan *disponer de los inmuebles hereditarios* deben practicar las inscripciones del Art. 688 CC.

- para que la *sentencia que declara la prescripción sea oponible a terceros*, debe inscribirse en el Conservador.

- para que valga la *hipoteca constituida en el extranjero respecto de bienes raíces situados en Chile*, debe practicarse la respectiva inscripción.

Así, en concepto del legislador, llegaría una época en que inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos. Pero el vaticinio del legislador se vio truncado, por cuanto en la actualidad aún conviven inmuebles inscritos y no inscritos.

3.- Tradición. La inscripción del título en el Registro conservatorio es la única forma de hacer la tradición de *bienes raíces y de derechos reales constituidos sobre ellos*, excepto la tradición del derecho de servidumbre, porque están sujetas a un régimen especial (Art. 686 y 698 CC).

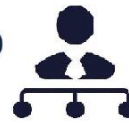
Consideraciones:

1.- Esta es la forma de hacer la tradición del: *a) derecho real de dominio; b) de usufructo constituido sobre inmuebles; c) de uso constituido sobre inmuebles; d) habitación; e) censo; f) e hipoteca.*

2.- Se excluyen los derechos reales de prenda, porque recae sobre muebles; el de herencia, porque recae sobre una universalidad jurídica; y las servidumbres, porque están sujetas a reglas especiales.

3.- Llama la atención que el Art. 686 CC mencione los derecho de uso y habitación, porque sabemos que son derechos personalísimos, de manera que no podrían ser objeto de tradición. Frente a esto, los autores comentan que el Art. 686 CC se refiere a la *constitución* de los derechos de uso y habitación, vale decir, la inscripción es necesaria para que nazcan los derechos del usuario y habitador. Pero una vez constituidos son intransferibles.

4.- Mantener la historia de la propiedad raíz. La inscripción conservatoria también tiene por objeto dar a conocer las distintas *mutaciones* que experimente el bien raíz, en cuanto a su titularidad. Ello se pone de relieve cuando se hace la tradición de un



bien raíz, pues en la nueva inscripción debe dejarse constancia del titular anterior, y así sucesivamente.

Cabe tener presente que hay modos de adquirir que por su propia naturaleza no requieren de inscripción para operar, pero que la ley de todas formas la exige para mantener la historia de la propiedad raíz, ej.: *la sucesión por causa de muerte y con la prescripción adquisitiva*. En efecto, en el primer caso las inscripciones a que se refiere Art. 688 CC no constituyen tradición, sino que tiene por fin dejar constancia pública de la transmisión y que los herederos puedan disponer de los inmuebles hereditarios. De la misma manera, la sentencia que reconoce como adquirido por prescripción los bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos, no desempeña el papel de tradición, sino que medio de publicidad para la historia de la propiedad raíz y para afectar a tercero (Art 2513 CC).

5.- Oponibilidad. El legislador en algunos casos exige la inscripción para que una adquisición sea *oponible a terceros*, y así ocurre con la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos.

6.- Requisito, prueba y garantía de la posesión de inmuebles y de derechos reales constituidos en ellos.

a) Requisito: ya que de acuerdo al **Art. 724** *si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.*

*Algunos discuten la procedencia genérica de este precepto, pues se discute si se aplica o no a propósito de la posesión irregular. Sin embargo, tratándose de la posesión regular, y si el título es translaticio de dominio, nadie discute que se requiere de inscripción.

b) Prueba: porque *la posesión de los derechos inscritos se prueba por la inscripción y mientras ésta subsista, y con tal que haya durado un año completo, no es admisible ninguna prueba de posesión con que se pretenda impugnarla (Art. 924 CC)*

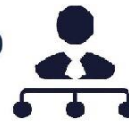
c) Garantía: por tres razones:

1) **Art. 728 Inc. 2:** *mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.*

2) **Art. 730 Inc. 2:** *si el usurpador de un inmueble inscrito, se da por dueño de ella y lo enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción.*

3) **Art. 2505** *contra un título inscrito no tiene lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o de derecho reales constituidos en ellos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo.*

7.- Solemnidad de ciertos actos jurídicos. Por regla general la inscripción constituye tradición, sin embargo, en ciertos casos desempeña el papel de solemnidad, ej.: *la donación entre vivos de bienes raíces*, que requiere de escritura pública y de inscripción



(Art. 1400 CC); la *constitución de usufructo sobre bienes raíces*, que requiere de instrumento público inscrito (Art. 767 CC); *constitución de los derechos de uso y habitación* que requieren de instrumento público inscrito (Art. 812 CC); la *constitución de hipoteca*, que requiere de escritura pública y de inscripción (Art. 2409 Inc. 1 y 2410 CC); la *constitución de censo*, que precisa de escritura pública inscrita (Art. 2025 CC).

16.1.- ROLES DE LA INSCRIPCIÓN EN LOS DIVERSOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO: REFIÉRASE ESPECIALMENTE A LA TRADICIÓN, LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE Y LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA.

Generalidades: La inscripción en el Registro conservatorio no interviene en el modo de adquirir *ocupación*, porque nunca puede ésta recaer sobre bienes raíces, por cuanto uno de sus requisitos es que se trate de cosas que no pertenecen a nadie, y en nuestro país no hay bienes raíces que carezcan de dueño (son de propiedad del Estado los bienes raíces que, estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño).

Tampoco la inscripción conservatoria se precisa en la *accesión*, porque en virtud del *principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal*, la inscripción del inmueble principal se extiende al que accede a él.

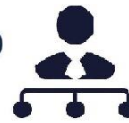
En cambio, la inscripción tiene lugar en la *tradición, prescripción adquisitiva y sucesión por causa de muerte*, pero sólo en la primera desempeña el papel de modo de adquirir; en los otros casos la inscripción se exige para mantener *la historia de la propiedad raíz*, y para que, en el caso de la prescripción adquisitiva que recae sobre bienes raíces y derechos reales constituidos en ellos sea *oponible a terceros*, y, en el caso de la sucesión por causa de muerte, para que los herederos puedan *disponer de los bienes hereditarios*.

1.- LA TRADICIÓN:

La inscripción del título en el Registro conservatorio es la única forma de hacer la tradición de bienes raíces y de derechos reales constituidos sobre ellos, excepto la tradición del derecho de servidumbre, porque están sujetas a un régimen especial (Art. 686 y 698 CC).

Consideraciones:

1.- Esta es la forma de hacer la tradición del: a) *derecho real de dominio*; b) *de usufructo constituido sobre inmuebles*; c) *de uso constituido sobre inmuebles*; d) *habitación*; e) *censo*; f) *e hipoteca*.



2.- Se excluyen los *derechos reales de prenda*, porque recae sobre muebles, el *derecho real de herencia*, porque recae sobre una universalidad jurídica, y las *servidumbres*, porque están sujetas a reglas especiales.

3.- Hicimos la advertencia que respecto de los *derechos de uso y habitación*, la inscripción se refiere a su *constitución*, vale decir, la inscripción es necesaria para que nazcan los derechos del usuario y habitador. Pero una vez constituidos son intransferibles.

2.- LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA:

La prescripción adquisitiva da lugar a la inscripción conservatoria. Diversas disposiciones exigen que la sentencia que declara la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituidos en ellos sea inscrita en el Registro del Conservador (Art. 689 CC; 2513 CC; Y 52 del reglamento del Conservador).

Pero la inscripción NO sirve para que el prescribiente adquiere el dominio, puesto que ya lo tiene adquirido por prescripción; la inscripción se exige fundamentalmente con un doble objeto: a) *mantener la historia de la propiedad raíz*; b) *la prescripción sea oponible a terceros*.

3.- LA SUCESIÓN POR CAUSA DE MUERTE:

Al momento del fallecimiento del causante, los herederos adquieren el dominio y la posesión legal del derecho real de herencia y de los demás derechos reales transmisibles, por el modo de adquirir *sucesión por causa de muerte*.

Sin embargo, el legislador ha establecido una serie de requisitos para que los herederos puedan disponer de los bienes hereditarios. Para estos efectos estos hay que distinguir, según si se trata de bienes muebles o inmuebles:

➤ Tratándose de bienes muebles: se requiere:

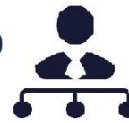
a) que se haya concedido la posesión efectiva (es el decreto judicial o resolución administrativa por la cual se reconoce a ciertas personas su calidad de herederos).

- si la sucesión es intestada, se concede mediante *resolución administrativa* del Director regional del Servicio de Registro civil.
- si la sucesión es testada, se concede por *decreto judicial* del juez civil del último domicilio del causante.

b) que se inscriba la resolución o decreto que concedió la posesión efectiva.

- si la sucesión es intestada, se debe inscribir en el *Registro nacional de posesiones efectivas*, que lleva el Servicio de Registro civil.
- si la sucesión es testada, se debe inscribir en el *Registro de Propiedad del CBR*, correspondiente al lugar del tribunal que dictó el decreto judicial.

c) que se dé cumplimiento a lo dispuesto en la L.16.271 sobre impuesto a las herencias asignaciones y donaciones. Esto es: se declare exento el pago del impuesto; se pague el impuesto y se apruebe el pago; o se garantice su pago.



➤ **Tratándose de bienes raíces:**

Además de los tres requisitos señalados para los muebles, deben cumplirse con las inscripciones del Art. 688 CC, esto es:

a) Si la sucesión es testada, debe inscribirse el *testamento* y el *decreto judicial que concedió la posesión efectiva*. Si la sucesión es intestada, debe inscribirse la *resolución administrativa que concedió la posesión efectiva*. Estas inscripciones se practican en el Registro de propiedad del Conservador de bienes raíces del lugar donde está situado el inmueble.

*En la inscripción del testamento y de la resolución administrativa, se cita como inscripción anterior la inscripción en que consta en que el inmueble estaba a nombre del causante.

b) debe practicarse la *inscripción especial de herencia en el Registro de propiedad del CBR* del lugar donde está situado el inmueble. En virtud de esta inscripción, el inmueble aparece inscrito a nombre de todos los herederos, de manera que ellos pueden disponer de él de *consuno*.

*Se cita como inscripción anterior la resolución administrativa o decreto judicial que concedió la posesión efectiva. Debe además, dejarse constancia de haberse dado cumplimiento a lo dispuesto en la ley 16.271.

3.- Debe inscribirse el *acto de partición en el Registro de Propiedad del CBR* del lugar donde está situado en inmueble. En virtud de esta inscripción el inmueble figura inscrito a nombre de adjudicatario, quien a partir de este momento puede disponer por sí sólo del inmueble.

*Se cita como inscripción anterior la inscripción especial de herencia.

Finalidad de estas inscripciones: Estas inscripciones no tienen por objeto hacer adquirir al heredero la propiedad de los bienes hereditarios, puesto que el dominio de ellos lo adquirió por sucesión por causa de muerte, y sería absurdo volver a adquirir lo que ya es propio. La finalidad de estas inscripciones *es mantener la historia de la propiedad raíz*. Si no existieran estas inscripciones, no se sabría por qué en un momento dado un inmueble del causante aparece después a nombre del tercero que lo compró al heredero. En cambio, la realización de esas inscripciones revela que el inmueble pasó del causante al heredero y de ésta al comprador.

Sanción en caso de enajenarse los inmuebles hereditarios sin cumplir con las inscripciones del Art. 688 CC. La jurisprudencia ha sido vacilante:

1) En un principio la CS señaló que la sanción era la *nulidad absoluta* por objeto ilícito, ya que las normas que rigen las inscripciones conservatorias son de orden público; el Art. 688 CC



establecería, entonces, una prohibición en orden a que los herederos no pueden disponer de los inmuebles hereditarios sin la correspondiente inscripción.

2) Agregó luego que la prohibición del Art. 688 era general, comprendiendo no sólo las enajenaciones voluntarias, sino también las *ventas forzadas*.

3) Antes de un año la CS se rectificó: dijo que la prohibición del Art. 688 sólo se refiere a las *enajenaciones voluntarias*, y no las enajenaciones forzadas, por cuanto dicho art. habla con claridad que los “*herederos*” son los que no pueden disponer de los inmuebles hereditarios, y resulta que en el caso de las enajenaciones voluntarias los bienes se venden por orden del juez.

4) Posteriormente la Corte señaló que la palabra “*disponer*” que ocupa el Art. 688 CC está tomada el sentido de “*enajenar*”, esto es, transferir el dominio de una persona a otra, de manera que como la adquisición del dominio se produce por la tradición y no por el contrato, es aquélla la que resulta nula y no éste, que es válido.

Comentario: Los autores critican esta solución, aduciendo que la Corte aparentemente se olvidó del **Art. 1810**, ubicado a propósito de la compraventa, el cual *prohíbe vender todas las cosas cuya enajenación esté prohibida por la ley*, y si el Art. 688 CC prohíbe la enajenación, también debería estar prohibida la venta.

5) Finalmente la CS dijo que la sanción del Art. 688 CC no es la nulidad del título ni de la tradición, sino la que señala el Art. 696 CC. En consecuencia, si no se practican las inscripciones del Art. 688 CC *no se transferirá la posesión del respectivo derecho* mientras las inscripciones no se efectúen, de manera que el adquirente queda en calidad de **mero tenedor**.

Comentario: Los autores comentan que esta solución, por un lado, es más grave que la nulidad absoluta, ya que ésta se sana por el transcurso del tiempo (10 años), mientras que la mera tenencia es *indeleble*, es decir, no muda en posesión por el solo transcurso del tiempo.

Pero por otro lado, es más suave que la nulidad absoluta, ya que ésta no puede sanearse por ratificación de las partes, en cambio la sanción del Art 696 CC puede sanearse por ratificación, ya que el adquirente va a adquirir la posesión una vez que se *practiquen las respectivas inscripciones*.

Críticas a esta solución:

1.- Conduce a la inestabilidad de los derechos, ya que la situación del Art. 696 CC no puede sanearse por el transcurso del tiempo, lo que atenta contra el *principio de la seguridad jurídica*. En efecto, basta con que un heredero no practique las inscripciones para que todas las enajenaciones posteriores estén viciadas.

2.- Esta solución coloca al adquirente del heredero en la necesidad de *reinscribir* el título translativo una vez que éste (el heredero) haya practicado las inscripciones del Art. 688 CC, lo que puede dar lugar a una serie de inscripciones paralelas.

3.- La sanción del Art. 696 CC no es la que conviene al Art. 688 CC, ya que aquélla se aplica a los casos en que la inscripción constituye la forma de hacer la tradición, en tanto que el



segundo no contempla inscripciones de esta naturaleza sino que para disponer de los bienes inmuebles hereditarias. En consecuencia, el Art. 688 CC estaría mal ubicado entre las disposiciones que se refieren a la tradición.

Comentario: A partir de lo anterior, algunos autores señalan que la sanción debería ser la nulidad relativa, por cuanto se habrían omitido ciertos requisitos (inscripciones del Art. 688 CC) prescritos por la ley en atención a la *calidad de heredero de la persona que enajena*.

La virtud de esta opinión radica en que la nulidad relativa podría sanearse por ratificación de las partes y por el transcurso del tiempo (4 años).

Su defecto radica en que como la nulidad relativa se sana por el transcurso del tiempo, de manera que se estarían saltando las inscripciones del Art. 688 y se rompería la *historia de la propiedad raíz*. En efecto, se dice que la falta de inscripciones hereditarias jamás se sana por el transcurso del tiempo, lo que se desprende del propio Art. 688 CC, pues dice que *el heredero no puede disponer en manera alguna de los inmuebles hereditarios mientras no procedan las inscripciones hereditarias*.

Art. 688 CC NO se aplica a la **cesión del derecho real de herencia**. El art. 688 no se aplica a la cesión del derecho real de herencia, porque este artículo habla de los inmuebles, y el *derecho real de herencia es una universalidad jurídica*, que no puede ser calificada de mueble o inmueble.

Situación de los legatarios: El legatario de especie o cuerpo cierto adquiere el **dominio** de la cosa legada al momento de fallecer el causante, por el modo de adquirir sucesión por causa de muerte.

Pero, el que el legatario de género sólo adquiere un **derecho de crédito contra los herederos del causante**, para exigirles más tarde la tradición de las cosas genéricas legadas. Entonces, el legatario de género adquiere el dominio de la cosa por *tradición*. Comenta Alessandri que esto es así, porque el dominio sólo puede tener por objeto una cosa determinada, y la determinación, tratándose del legado de género, sólo se produce cuando el heredero hace la tradición de ella.

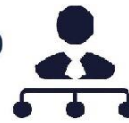
Si el legatario recibe un inmueble de legado ¿debe practicar las inscripciones del Art. 688 CC para poder disponer de él?

a) Alessandri sostiene que no, porque el Art. 688 habla claramente de “*herederos*”.

b) Claro Solar afirma que el título del legado es el testamento, y la obligación de inscribir aparece implícitamente en el Art. 688 CC, pues dispone que si la sucesión es testamentaria, debe inscribirse el testamento.

En todo caso, Alessandri está consciente de la necesidad práctica de inscribir el inmueble, tanto para gozar de los beneficios de poseedor inscrito, como para conservar la historia de la propiedad raíz.

CÉDULA N° 17: LA POSESIÓN.



17.1.- CONCEPTO DE POSESIÓN.

De acuerdo al **Art. 700**:

La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tengan en lugar y a nombre de él.

El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo.

Análisis del concepto:

1.- Es la tenencia de una cosa determinada: o sea, es un poder fáctico que se ejerce sobre una cosa determinada (elemento objetivo)

2.- Con ánimo de señor o dueño: vale decir, el poseedor se ve a sí mismo como propietario, y en consecuencia, no reconoce dominio ajeno (elemento subjetivo). Por consiguiente resulta un contrasentido que el poseedor se considera a sí mismo como poseedor.

3.- Sea que el dueño o el que se da por tal: lo normal es que el dominio esté acompañado de posesión, pero puede ocurrir que el dominio aparezca disociado de la posesión, como ocurre, por ejemplo, con el comprador en la venta de cosa ajena: él no es dueño, pero se da por tal, es decir, se ve a sí mismo como propietario.

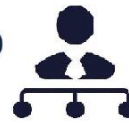
4.- Tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él: de aquí se desprende que el poseedor puede tener la cosa de dos maneras: puede tenerla materialmente por sí mismo, o bien, puede tenerla un tercero en virtud de un título de mera tenencia, en lugar y a nombre del dueño.

Naturaleza jurídica:

1.- Para algunos es ***un hecho (Pothier y Savigny inicialmente)***, porque se funda en un poder fáctico sobre una cosa, y porque, además, si fuese un derecho, sería transferible y transmisible, y ello no ocurre, pues la posesión principia en cada poseedor.

2.- Para otros es ***un derecho (Ihering)***, ya que se trata de un *interés jurídicamente protegido*. En cuanto a la naturaleza del derecho, se trataría de un derecho personal, porque si una persona perturba al poseedor en su posesión comete un ilícito civil, lo que genera la obligación de indemnizar perjuicios, y toda obligación tiene como contrapartida un derecho personal.

3.- Para otros es ***un hecho con repercusión jurídica (Savigny)***. En cuanto a su origen, la posesión sería un hecho porque se funda en un *poder fáctico* sobre una cosa, pero desde el punto de vista de sus consecuencias sería un derecho, por cuanto éstas se proyectan al campo jurídico.



Situación en Chile. Tradicionalmente se señala que la posesión en Chile es un *hecho*. Para nosotros, la posesión es un ***derecho con repercusión jurídica*** por las siguientes razones:

Demuestra que la posesión es un hecho:

1.- El Concepto de posesión del Art. 700 CC habla de *tenencia*, y la tenencia es un hecho.

2.- Si fuese un derecho, el legislador la habría definido empleado la expresión “*facultad*” u otra análoga, y ello no ocurre.

3.- Si fuese un derecho, serían un derecho real, pero no figura en el Art. 577 CC ni en otra norma que lo reconozca como tal.

4.- Si fuese un derecho sería transferible y transmisible, pero según el Art. 717, la posesión *principia en cada poseedor*.

Manifestaciones de su repercusión jurídica: estos se analizarán a propósito de “*los efectos o ventajas generales de la posesión*” contienen estas manifestaciones.

Distinción entre el *Ius possidendi* y *ius possessionis*: Son dos expresiones que no se pueden confundir. *Ius possidendi* es el derecho *que tiene el propietario para poseer la cosa objeto de su dominio*, en consecuencia, el *Ius possidendi* no es sino una consecuencia del dominio. El *Ius possessionis* se relaciona con la posesión como una figura autónoma, y consiste en el *conjunto de atributos que la posesión, individualmente considerada, confieren al poseedor, sea o no dueño*.

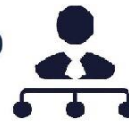
17.2.- ELEMENTOS DE LA POSESIÓN. SITUACIÓN EN NUESTRO CC.

En doctrina hay dos grandes concepciones:

1) Concepción subjetiva de Savigny: según esta concepción la posesión presenta dos elementos, un elemento subjetivo o corpus y un elemento objetivo o animus.

i) ***El corpus:*** es la *tenencia de una cosa determinada* (y como ya dijimos en nuestra legislación el poseedor puede tener la cosa por sí mismo o bien por otra persona en lugar y a nombre de él). En cuanto al alcance de este elemento se ha dicho lo siguiente:

- ✓ Antiguamente los glosadores señalaban que el corpus consistía en la aprehensión física o material de la cosa, es decir en un contacto directo.
- ✓ Para algunos autores el corpus consiste en un poder que revele una verdadera apropiación económica.
- ✓ Para Savigny el corpus no necesariamente supone una aprehensión material o contacto directo con la cosa sino que consiste más bien en un *poder de dominación*, vale decir en la posibilidad real de poder disponer de la cosa objeto de la posesión.



ii) **El animus:** es la *intención o voluntad de comportarse como dueño y señor de la cosa*, y por tanto no basta que esa intención permanezca en el fuero interno del poseedor sino que debe exteriorizarse. En otras palabras el poseedor debe *conducirse como dueño*.

*Algunos autores precisan que el animus no corresponde a la convicción o conciencia de ser el verdadero dueño de la cosa, porque ello se relaciona más bien con la buena fe que se verá más adelante.

- 1) **Concepción objetiva de Ihering:** señala que el corpus y el animus no son elementos distintos e independientes de la posesión, sino que ellos se encuentran estrechamente unidos, casi identificados. Siendo el **animus** la *voluntad de servirse de la cosa* y el **corpus** su *exteriorización*. En este sentido se espiritualiza al corpus tendiéndolo a la exteriorización del derecho de propiedad que le permita al poseedor conducirse respecto de la cosa como si fuera el verdadero dueño.

Situación en Chile: Nuestro Código recoge la concepción subjetiva de Savigny, y por tanto el Chile la posesión requiere del *corpus* y del *animus*, lo que se desprende el Art. 700 CC. Por otro lado, nuestro CC habla de tenencia, lo que en su sentido natural y obvio significa tener una cosa en nuestro poder, lo cual no sólo se logra cuando se aprehende materialmente la misma, sino también cuando existe la posibilidad real de disponer de ella sea directa o indirectamente (por ejemplo, la persona ausente que tiene una cosa en su casa).

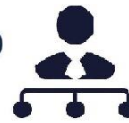
17.3.- POSESIÓN FRENTE AL DOMINIO Y FRENTE A LA MERA TENENCIA.

Los autores señalan que el dominio, la posesión y la mera tenencia constituyen una trilogía jurídica; las tres formas básicas en que una persona puede relacionarse con una cosa (aunque algunas agregan una cuarta sería el precario, que es la tenencia de una cosa ajena sin previo contrato y por ignorancia o mera tolerancia del dueño, Art. 2195). Así el dominio constituye el estado más perfecto, la posesión quedaría en un grado intermedio porque es un dominio aparente y la mera tenencia sería el estado menor.

Poseción frente al dominio: Antes que todo vale traer hasta aquí la distinción del *ius possidendi* y *ius possessionis*.

Semejanzas:

- 1.- Tanto el dominio como la posesión recaen sobre una *cosa determinada*.
- 2.- Tanto el dominio como la posesión *son exclusivos y excluyentes*, es decir, sobre una misma cosa no puede haber dos o más derechos de dominio distintos, ni dos o más posesiones diferentes. Ello no excluye, desde luego, la posibilidad de coposeedores o copropietarios, pues aquí hay una sola posesión y un solo dominio, pero que tiene varios titulares.



3.- Si una persona ocupa una cosa que no pertenece a nadie, adquiere el dominio e inicia su posesión.

4.- Desde el punto de vista del uso y goce de la cosa, tanto el dueño como el poseedor se comportan de manera análoga.

5.- Si bien, la acción reivindicatoria sólo se concede al dueño no poseedor, excepcionalmente se concede al *poseedor de buena fe que estaba en condiciones de ganar el dominio por prescripción*. En este caso la acción toma el nombre de acción publiciana, la cual no vale contra el dueño ni contra otro poseedor con mejor derecho.

6.- La posesión prolongada se transforma en dominio mediante la *prescripción adquisitiva*.

7.- **El poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo** (Art. 700 Inc. 2, presunción dominical de dominio).

Diferencias:

1.- El dominio es un derecho real; en cambio, la posesión es un *hecho (con repercusión jurídica)*;

2.- El dominio se adquiere en virtud de un título en cambio, la posesión se puede “adquirir” por varios títulos (Art. 701 CC. *Se puede poseer una cosa por varios títulos*);

3.- El dominio se adquiere en virtud de un modo; en cambio, la posesión se puede “adquirir” por varios modos.

4.- El dominio es transferible y transmisible; en cambio, la posesión *principia en cada poseedor*.

5.- El dominio y la posesión se protegen de manera diversa: el dominio, mediante la *acción reivindicatoria*. La posesión, si se trata de bienes raíces, por *acciones posesorias*, y si se trata de bienes muebles, puede recurrirse a los tipos penales de *hurto y robo*. Ello es sin perjuicio de que, como se dijo, el poseedor regular que se encuentra en condiciones de ganar el dominio de la cosa por prescripción, es también titular de la *acción publiciana*.

Situaciones en que puede encontrarse el dueño y el poseedor:

1.- Dueño que es poseedor: Esta es la situación normal y que justifica la presunción de dominio del Art. 700 Inc 2.

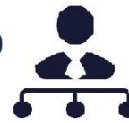
2.- Dueño que no es poseedor: Casos:

1.- Si se trata de una cosa mueble y esta se extravía.

2.- Si se trata de una cosa inmueble, y a su respecto no es posible ejercer actos posesorios, por ejemplo, una finca que permanece inundada.

3.- Si el dueño de una cosa mueble la pierde porque otra persona se la arrebató con ánimo de hacerla suya.

3.- Poseedor que no es dueño: Casos:



1.- Caso de la *venta de cosa ajena*; el comprador pasa a ser poseedor de la cosa pero no adquiere su dominio, pues nadie puede transferir más derechos de los que tiene.

2.- Caso del que *roba o hurta una cosa con el propósito de hacerla suya*, pasa a ser poseedor de la cosa pero no adquiere su dominio, porque no ha intervenido ningún título translativo a su favor.

Posesión frente a la mera tenencia:

Concepto de mera tenencia: La mera tenencia, de acuerdo al Art. 714 CC, *es aquella que se ejerce sobre una cosa, no como dueño, sino en lugar o a nombre del dueño*. Por ejemplo, el usufructuario, el usuario, el habitador, el arrendatario, el depositario, el comodatario, son meros tenedores.

Requisitos:

1.- La tenencia de una cosa.

2.- Reconocimiento de dominio ajeno.

De estos dos requisitos se desprende que el mero tenedor sólo tiene el *corpus* pero no el *animus*.

3.- La mera tenencia debe provenir de un derecho real o de un derecho personal.

Son meros tenedores de la cosa en virtud de un derecho real, el usufructuario, el usuario, el habitador. Son meros tenedor de la cosa en virtud de un derecho personal, el arrendatario, el depositario, el comodatario.

Esta distinción es importante porque el titular del derecho real es *mero tenedor de la cosa*, pero en cambio, tiene la *posesión de su derecho real*.

Características:

1.- Es absoluta: el mero tenedor tiene el carácter de tal tanto respecto del dueño de la cosa como con respecto a los terceros.

2.- Es temporal: porque el mero tenedor en algún momento tendrá que restituir la cosa.

3.- Es inmutable o indeleble: porque la mera tenencia no puede transformarse en posesión, a virtud del *principio de que nadie puede mejorar su propio título*. De ahí que el Art. 716 dice que *la mera tenencia no muda en posesión por el sólo transcurso del tiempo*.

Excepciones:

a) La primera la contempla el Art. 716 CC, que dice que “*el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión; salvo el caso del Art. 2510, regla 3ra*”. Se dice que es una excepción aparente, porque si bien, es efectivo que la mera tenencia muda en posesión, ello no ocurre por el sólo transcurso del tiempo, sino que porque han concurrido otros hechos: En efecto, el Art. 2510 regla 3ra dice que *la existencia de un título de mera*



tenencia hará presumir mala fe, y no dará lugar a prescripción a menos que se reúnan dos circunstancias:

1.- Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

2.- Que el que alega la prescripción prueba haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción el mismo lapso de tiempo.

De este modo, la mera tenencia no cambia en posesión por el sólo transcurso del tiempo, sino que porque el que comenzó como mero tenedor ahora actúa como señor y dueño de la cosa y porque –esto es lo importante– ha habido *negligencia* por parte del dueño, que no ha podido probar que se le ha reconocido su dominio en el tiempo señalado.

b) La segunda está contemplada en el **Art. 730 CC**, el cual prescribe que *si el que tiene la cosa en lugar y nombre de otro (mero tenedor) la usurpa dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa y pone fin a la posesión anterior.*

Con todo, si el que tiene la cosa en lugar y a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sin la competente inscripción.

Consideremos que la noción de usurpación aquí se refiere a *aquella situación en que un mero tenedor muta su ánimo y comienza a tener la cosa ya no reconociendo dominio ajeno, sino con ánimo de señor y dueño*. Pero aquí lo relevante es que dándose los presupuestos de la norma, quien inicia la nueva posesión es el adquirente (el tercero), y si se trate de un inmueble, es menester que éste practique la inscripción (algunos señalan por ello que solo se referiría a bienes muebles).

Efectos de la mera tenencia:

1.- El mero tenedor jamás podrá adquirir el dominio de la cosa por prescripción, pues para ello se requiere ser dueño.

2.- Por regla general el mero tenedor no podrá entablar la acción reivindicatoria, porque ella corresponde al dueño y excepcionalmente al poseedor. Excepcionalmente podrá ejercerla cuando es titular de un derecho real, y sólo en lo que a ese derecho se refiere.

3.- El mero tenedor por regla general no puede entablar acciones posesorias, porque no es poseedor. Excepcionalmente, se le concede la *querrela de restablecimiento o despojo violento*.

Además, cabe tener presente que si la mera tenencia se funda en un derecho real que recae sobre inmuebles, el mero tenedor podrá ejercer las acciones posesorias, pero sólo en lo que a ese derecho se refiere.

4.- En su contra no procede la acción reivindicatoria, porque ésta se ejerce contra el poseedor no dueño y no contra el mero tenedor. De ahí que el mero tenedor está obligado



indicar el nombre y residencia de la persona a cuyo nombre tiene la cosa para que el reivindicante sepa contra quién debe ejercer la acción.

5.- El mero tenedor podrá demandar los perjuicios que haya sufrido la cosa, cuando ellos provengan por un delito o cuasidelito civil, pero sólo en ausencia del dueño.

6.- El mero tenedor puede repeler por sí mismo los ataques de hecho que pudieran hacer terceros respecto de la cosa.

Inversión de la mera tenencia y posesión: es la *transformación de la mera tenencia en posesión y viceversa*. Se entiende que esta situación se produce cuando hay un cambio o remplazo del título, así entonces, la posesión se transforma en mera tenencia cuando el poseedor enajena la cosa a otro acordando que ella quedará en su poder ahora en virtud de un título de mera tenencia, ej.: como arrendatario; y la mera tenencia se transforma en posesión cuando a favor del mero tenedor opera un título translaticio de dominio.

Posesión frente a la mera tenencia. Refiramos lo siguiente:

1.- El poseedor tiene dos elementos: *el animus y el corpus*; en cambio, el mero tenedor sólo tiene el corpus, pero no el *animus*, puesto que **reconoce dominio ajeno**.

2.- La posesión es a nombre propio; la mera tenencia es a *nombre ajeno*.

3.- La posesión conduce a la prescripción adquisitiva; la mera tenencia *jamás permite adquirir la cosa por prescripción*.

4.- La posesión, tratándose de inmuebles, está protegida por las acciones posesorias. El mero tenedor excepcionalmente tiene derecho a la *querrela de restablecimiento o despojo violento*.

5.- La mera tenencia no muda en posesión, salvo el caso del **Art. 2510 regla 3ra**.

6.- La mera tenencia puede transformarse en posesión y viceversa, solo en virtud de un *reemplazo del título*.

17.4.- EFECTOS O VENTAJAS GENERALES DE LA POSESIÓN.

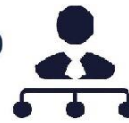
1.- *El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifica serlo* (Art. 700 Inc. 2 CC), es decir, el poseedor está amparado por una *presunción legal* (conocida como *presunción dominical*) de manera que si alguien quiere discutir su dominio deberá acreditar su calidad de propietario.

2.- La posesión permite —concurriendo los demás requisitos legales— adquirir el dominio por *prescripción adquisitiva*.

3.- El poseedor está protegido:

a) si se trata de un bien raíz o de derechos reales constituidos en él, por las *acciones posesorias o interdictos posesorios*, que son aquellos que tienen por objeto conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos (Art. 916 CC).

b) si se trata de un bien mueble, no hay acción posesoria, pero es posible recurrir a las figuras penales de *hurto y robo*.



4.- El poseedor de *buena fe*, vencido en juicio reivindicatorio, hace suyos los frutos percibidos hasta antes de la contestación de la demanda (después de la contestación se entiende que ha perdido la buena fe) (Art. 907 CC).

5.- El poseedor de *buena fe*, vencido en juicio reivindicatorio, tiene derecho a que se le abonen las mejoras útiles, hasta la contestación de la demanda (Art. 909 CC).

6.- El poseedor de *buena fe*, vencido en juicio reivindicatorio, no es responsable de los deterioros que haya sufrido la cosa, sino en cuando se hubiera aprovechado de ellos, ej.: destruyendo un árbol y vendiendo la madera (Art. 906 CC)

7.- El poseedor (de buena o mala fe) vencido en juicio reivindicatorio, tiene derecho a que se le abonen las mejoras necesarias, en que hubiere incurrido respecto de la cosa reivindicada, porque el dueño también tendría que haber incurrido en ellas.

8.- Si bien, la acción reivindicatoria sólo se concede al dueño no poseedor, excepcionalmente se concede al poseedor de buena fe que estaba en condiciones de ganar el dominio por prescripción: *acción publiciana*, la cual no vale contra el verdadero dueño ni contra otro poseedor con igual o mejor derecho (Art. 894 CC).

17.5.- LA BUENA FE EN MATERIA POSESORIA.

*Para llegar a este tema, es menester comenzar refiriéndose a la clasificación de la posesión:

CLASIFICACIÓN DE LA POSESIÓN:

I. Atendiendo al tipo de prescripción a que conducen: Se distingue entre: i) posesión regular; y ii) posesión irregular.

i) POSESIÓN REGULAR: *Es aquella que procede de un justo título, que ha sido adquirida de buena fe, y si el título es translativo de dominio, se ha efectuado además la tradición* (Art. 702 CC).

ii) POSESIÓN IRREGULAR: *Es aquella que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular* (Art. 708 CC).

I) POSESIÓN REGULAR:

Requisitos:

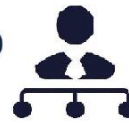
1.- *Justo título;*

2.- *Buena fe (inicial).*

3.- *Tradición, si el título es translativo de dominio.*

Comenzaremos, respetando la cédula, por la buena fe.

BUENA FE (INICIAL).



Concepto: Para estos efectos, se entiende por buena fe *la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exento de fraude y de todo otro vicio* (Art. 706 Inc. 1 CC)

Consideraciones:

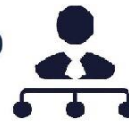
- 1.- La buena fe, como un principio general del derecho civil, tiene dos dimensiones:
 - a) La buena **fe objetiva**: es el *comportamiento leal que debe guiar a las personas en su actuar, independiente de lo que ocurra en su fuero interno*. A ella se refiere el **Art. 1546** cuando dice que *los contratos deben ejecutarse de buena fe*.
 - b) La buena **fe subjetiva**: *corresponde a la convicción de que se está actuando conforme a derecho*.
- 2.- En consecuencia, al exigir el Código la buena fe como requisito de la posesión regular, se está refiriendo a la *buena fe subjetiva*, vale decir, ***es menester que el poseedor tenga la convicción firme de que ha adquirido el dominio*** –no la posesión– ***legítimamente***; el que duda de la legitimidad de la adquisición posee de mala fe.
- 3.- La buena fe está directamente relacionada con el tercer requisito, porque si se invoca un título translativo de dominio y no ha operado la tradición, mal podría el poseedor tener la convicción cierta de que ha adquirido el dominio legítimamente.
- 4.- Determinar si hay buena o mala fe es una *cuestión de hecho*, y por lo tanto lo que resuelvan los tribunales de instancia, no puede ser revisado vía casación.

¿En qué momento se requiere la buena fe para la posesión regular? La buena fe debe concurrir al momento de *iniciarse la posesión*, de manera que en nuestro derecho basta la ***buena fe inicial***. En consecuencia, si la buena fe se pierde con posterioridad (ej.: el poseedor advirtió que la persona que le enajenó la cosa no era el verdadero dueño), la posesión regular se mantiene. Esa mala fe sobreviniente sólo tendrá importancia en materia de prestaciones mutuas.

De ahí que se pueda ser poseedor regular de mala fe (si hubo buena fe inicial pero se perdió con posterioridad) y poseedor irregular de buena fe (si hubo buena fe inicial, pero, por ejemplo, la posesión no procede de un justo título, porque faltaría otro elemento de la posesión regular.) (Art. 702 Inc. 2 CC).

El error en la buena fe. En esta materia hay que distinguir:

- 1.- Tratándose de un ***error de hecho***, éste no se opone a la buena fe, pero sólo en la medida de que sea un *“justo error de hecho”*, es decir, justificable.
Habría un justo error de hecho, por ejemplo, si alguien compra algo a un menor que afirma ser mayor y cuya apariencia física parece corroborar su aserto; pero si el menor afirma ser mayor y su apariencia física es ostensiblemente la de un menor, no podría aducir el comprar una justa causa de error.



2.- Tratándose de un **error de derecho**, ésta constituya una *presunción de mala fe que no admite prueba en contrario* (Art. 706 Inc. final). Esta norma es una consecuencia del *principio de que nadie puede alegar ignorancia de la ley después de que ésta haya entrado en vigencia* (Art. 8 CC).

Así por ejemplo no podría invocar buena fe el comprador del inmueble de un menor, si la venta se efectuó sin las solemnidades legales, aunque creyera que éste podría obrar por sí solo.

Régimen probatorio de la buena fe.

Dice el Art. 707 CC *que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse*. En consecuencias:

La regla general: **la buena fe se presume** (Art. 707 CC), en consecuencia, quien alega que el poseedor está de mala fe tendrá que probarlo.

Excepciones: Hay casos en que la ley expresamente ha establecido presunciones de mala fe, por ejemplo:

1.- El *error de derecho* constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario (Art 706 Inc. final).

2.- Constituye una presunción de mala fe en los poseedores de los bienes del desaparecido, el haber *sabido y ocultado la verdadera muerte de éste, o su existencia* (Art. 94 n° 6).

3.- La existencia de un *título de mera tenencia* hace presumir la mala fe, y no da lugar a la prescripción extraordinaria, a menos de concurrir determinadas circunstancias (Art. 2510 regla 3ra).

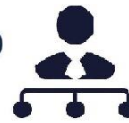
Consideración: Los autores y la jurisprudencia han sostenido que este régimen probatorio –de la presunción de buena fe– es de aplicación general, es decir, se aplica a *todo* el ámbito del derecho. Argumentan del siguiente modo:

-Los términos del Art. 707 CC son generales, y no puede decirse que esta norma es de aplicación restrictiva sólo porque se encuentre ubicada a propósito de la posesión, porque hay varias normas del CC que tienen aplicación general a pesar de encontrarse adscritas a una materia determinada (ej.: las normas sobre intereses, no obstante estar regulados a propósito del mutuo).

2. El legislador presume lo habitual, lo común u ordinario, y lo normal es que las *personas actúen de buena fe*.

3.- Si se pretendiera que la buena fe debe probarse, equivaldría a sostener que lo que se presume es la mala fe, y ello no se condice con el sistema del Código.

Con todo, hay una minoría que señala la presunción de buena fe debe aplicarse sólo en materia posesoria, porque las presunciones legales son excepcionales, y por ello deben interpretarse en forma restrictiva, sin que tenga cabida la analogía.



CÉDULA N° 18: EL TÍTULO EN LA POSESIÓN REGULAR.

18.1.- CONCEPTO DE POSESIÓN REGULAR.

Ya dijimos que la posesión regular *es aquella que procede de un justo título, que ha sido adquirida de buena fe, y si el título es translaticio de dominio, se ha efectuado además la tradición* (Art. 702 CC)

También mencionamos sus requisitos: a) justo título; b) buena fe inicial; c) tradición, si el título es translaticio de dominio.

Corresponde ahora analizar el justo título:

18.2.- CONCEPTO DE JUSTO TÍTULO.

El Código no define la palabra *título* ni dice que debe entenderse por *justo*, sino que se limita a señalar las clases de justo título (Art. 703 CC) y a enumerar los títulos injustos (Art. 704 CC).

A partir de ello los autores han señalado lo siguiente:

1.- **Título**, en materia posesoria, es *el antecedente que sirve de fundamento a la posesión*. Es la respuesta que debe dar el poseedor cuando afirma ser dueño.

2.- **Justo título es:**

a) Para algunos, que proceden por exclusión, *aquel que no es injusto*, es decir, todo aquel que no está comprendido en el Art. 704 CC.

a) Para otros, *aquel que por su naturaleza habilita para adquirir el dominio*. En ese sentido, la denominación “justo título” –según enseña Pothier– se explica porque dan a los poseedores, un justo motivo para creerse propietario.

b) Para otros, que completan el concepto anterior, *aquel que por su naturaleza, y por su carácter auténtico, real y válido, habilitan para adquirir el dominio*.

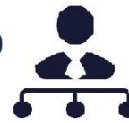
18.3.- CLASES DE JUSTOS TÍTULOS.

De acuerdo al Art. 703 CC el justo título es *constitutivo* o *translaticio de dominio*. Y la doctrina agrega los *declarativos* de dominio –que el CC los asimila a los translaticios–.

1.- **Títulos constitutivos de dominio:** *Son los que sirven para adquirir el dominio originariamente*. Se incluyen aquí la ocupación, la accesión y la prescripción.

Consideraciones:

-Alessandri sostiene que en la ocupación, la accesión y la prescripción el título se confunde con el modo; Somarriva, por su parte, afirma que lo que aquí ocurre es que estos modos no precisan de título.



- Lo normal es que la ocupación, accesión y prescripción conduzcan a la adquisición del dominio y a la iniciación de la posesión. Pero puede ocurrir que sólo conduzca a la posesión y no al dominio, por ejemplo, si una persona ocupa una especie al parecer perdida.

- En cuanto a la prescripción adquisitiva, algunos autores como Alessandri critican el hecho de que ella haya sido considerada como un justo título por el legislador, toda vez que la prescripción sucede a la posesión y no viceversa, de manera que en este caso lo que es efecto no puede ser causa.

Esta crítica es refutada por algunos autores, los que señalan que la prescripción efectivamente operará como justo título posesorio en ciertos casos de prescripción extraordinaria; en efecto, de acuerdo al Art. 2510 regla 1ra, se puede adquirir por prescripción extraordinaria *incluso sin título*, y cuando ello ocurre, el prescribiente tendrá como justo título de su posesión la referida prescripción.

- Otros autores como Daniel Peñailillo critican el hecho que la ocupación sea considerada como un justo título, toda vez que el título es el antecedente que justifica la posesión; es la respuesta que debe dar el poseedor cuando se le pregunta por qué afirma ser dueño, de manera que la respuesta sería: *poseo porque ocupo*, que a juicio del autor es lo mismo que decir: *poseo porque poseo o poseo porque sí*.

2.- Títulos translativos de dominio: *Son aquellos que por su naturaleza sirven para transferir el dominio*, como la venta, la permuta, la donación entre vivos (Art. 703 Inc. 2).

Consideraciones:

- Los autores comentan que el Código ha sido extraordinariamente preciso al definir los títulos translativos de dominio como aquellos que *sirven* para transferirlo, porque el título por sí mismo NO transfiere el dominio, sino que *deja al adquirente en condiciones de adquirirlo* (porque para adquirir el dominio se requiere del modo).

2.- Si el título es translativo de dominio, para que la posesión sea regular, se requiere además que haya *operado la tradición*.

3.- Títulos declarativos de dominio: *Son aquellos que se limitan a reconocer un derecho preexistente o a determinar los bienes sobre los cuales recae.*

El Art. 703 CC se refiere a los siguientes:

- **Sentencia de adjudicación en juicios divisorios y actos legales de partición.**

La sentencia de adjudicación en juicios divisorios se refiere a la sentencia que dicta el juez partidor en la partición efectuado por él y los actos legales de partición se refieren a la convención por la cual los comuneros hacen por sí mismos la partición de común acuerdo.

Ahora recordemos que la partición es una forma de poner término a la comunidad, luego de la cual se procede a la adjudicación que es la singularización y radicación de los derechos de los comuneros en bienes determinados, de manera que se considera que el adjudicatario ha sido dueño exclusivo del bien adjudicado desde el momento en que se



formó la comunidad y no de la adjudicación. Ahora bien, el Art. 703 considera a la sentencia de adjudicación en juicios divisorios y a los actos legales de partición como títulos translaticios de dominio, sin embargo de los Art. 718 y 1344 se desprende el efecto declarativo de la adjudicación. ¿Cómo se resuelve esto?

Hay que distinguir:

a) En cuanto al dominio, se enfrenta el Art. 703 con el 1344, pero no cabe duda que la adjudicación tiene un *efecto declarativo*, de manera al adjudicatario se le considera dueño exclusivo del bien adjudicado desde el momento en que se formó la comunidad y no desde la época de la adjudicación.

b) En cuanto a la posesión se enfrenta el Art. 718 con el 703, y los autores no están contestes.

1) Para algunos la sentencia de adjudicación y los actos legales de partición son efectivamente títulos translaticios de dominio. Argumentos:

i) El tenor literal del Art. 703

ii) Porque si bien el Inc. 1 del Art. 708, señala que se entiende que el adjudicatario a poseído exclusivamente la cosa adjudicada desde el momento en que se originó la comunidad, el Inc. 2 señala que *podrá añadir el tiempo de la posesión proindiviso al tiempo de su posesión exclusiva* de manera que le estaría otorgando un derecho optativo, de manera que si no ejerce esta facultad, se entiende que su posesión comienza en la adjudicación, por tanto sería un título translaticio de dominio.

2) Para otros se trata de un título declarativo de dominio, ya que cuando el Art. 703 los considera translaticios de dominio se está refiriendo al caso al que *las adjudicaciones han sido afectadas a un tercero*, es decir cuando a tercero se le transfiere el dominio de bienes comunes, caso en cual se trataría efectivamente de un título translaticio de dominio.

- **Las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos.**

Son aquellas que *resuelven un conflicto en que las partes se disputan un derecho*, estas sentencias son sin duda *títulos declarativos de dominio*, ya que de acuerdo al Art 703 Inc. 4 ellas no forman un nuevo título posesorio. Ej.: A y B se disputan un predio y el tribunal resuelve que el predio corresponde a A por haberlo adquirido por sucesión por causa de muerte, la sentencia declara que el predio corresponde a A por haber adquirido por sucesión por causa de muerte (modo).

- **Situación de la transacción.**

La transacción es un *contrato por el que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual por medio de concesiones recíprocas* (Art. 2446). De acuerdo al Inc. final del Art. 703 hay que distinguir:

a) Si la transacción recae sobre un objeto **disputado**: la transacción es *meramente declarativa*, pues no forma nuevo título. Ej.: A y B se disputan dos caballos transigen que cada uno se quedará con un caballo, en este caso para saber el título que justifica la



posesión hay que retroceder hasta aquel que invoca el poseedor como antecedente de adquisición de su dominio.

b) Si recae sobre un objeto **no disputado**: la transacción es *traslativa de dominio*, constituye un nuevo título, en el mismo ejemplo A y B transigen y acuerdan que A se quedará con los dos caballos a cambio de tres vacas que le entregará a B, por lo tanto respecto de B la transacción es traslativa de dominio de manera que este es el título que justifica la posesión de las tres vacas y respecto de A la transacción es meramente declarativa.

¿Qué clase de título es la sucesión por causa de muerte?

Los autores concilian en que la sucesión por causa de muerte es un *justo título posesorio*:

1. Evidentemente no es un título constitutivo porque hay un derecho preexistente, y tampoco es un título traslativo, porque no transfiere el dominio, sino que lo transmite.

Así la doctrina señala que la sucesión por causa de muerte sería un **título derivativo**, que suponen el traspaso de un derecho, ya sea entre vivos o por causa de muerte.

2.- Los herederos adquirirán el dominio de todos los bienes transmisibles de que el causante era propietario y además iniciarán la posesión de ellos. Y si el causante no era dueño de esos bienes, los herederos no adquirirán el dominio, sino que sólo iniciarán la posesión.

¿Y qué ocurre con la ley? La doctrina también la considera como *justo título*, por ejemplo, a propósito del descubrimiento del tesoro.

Requisitos del justo título.

Del Art. 704 CC que enumera los títulos injustos, los autores estiman que el justo título debe reunir las siguientes características:

1.- **Debe ser auténtico**: *otorgado realmente por la persona que se pretende o por la que se atribuye*. No hay autenticidad en el caso del Art. 704 n°1 y n° 2.

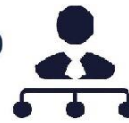
2.- **Debe ser real**: *verdaderamente debe existir; debe corresponder al derecho que se invoca*. No es real el caso del Art. 704 n° 4.

3.- **Debe ser válido**: *no debe adolecer de algún vicio de nulidad*. No es válido el caso del Art. 704 n°3.

18.4.- TÍTULOS INJUSTOS.

El legislador **NO los ha definido**, simplemente los enumeró en el Art. 704 CC, y son los siguientes:

1.- **Título falsificado**: *Es aquel que no ha sido otorgado realmente por la persona que se pretende*.



Por ejemplo, si en un contrato se falsifica la firma de una de las partes que intervienen en el acto. Aquí falta autenticidad.

2.- Título que no ha sido conferido por la persona que se atribuye. *Es aquel que ha sido otorgado por una persona en calidad de mandatario o representante legal de otra sin serla.* Aquí falta autenticidad.

3.- Título que adolece de un vicio de nulidad: Aquí se incluye tanto los vicios de nulidad absoluta como relativa, porque el legislador no distingue, y además, el Código sólo ha dado un ejemplo –la enajenación que debiendo ser autorizada por un representante legal o por decreto judicial, no lo ha sido– que, como tal, no limita la regla. Aquí falta la validez.

4.- Título meramente putativo: *es el título en cuya existencia cree la persona que lo invoca, aunque si bien no existe en realidad.* Aquí falta realidad. El CC da dos ejemplos: es meramente putativo el título del heredero aparente que no es en realidad heredero; el del legatario cuyo legado ha sido revocado por un acto testamentario posterior.

***Situación especial del nº 4.** Dice la norma que *al heredero putativo a quien por decreto judicial o por resolución administrativa se haya otorgado la posesión efectiva, le servirá de justo título el decreto o resolución; como al legatario putativo el correspondiente testamento que haya sido legalmente ejecutado.*

Consideraciones:

1.- El Art. 704 es taxativo, pero abierto (enunciativo). Ello quiere decir que no hay más títulos injustos que los que enumera el Art. 704 CC, pero en cada numeral pueden comprenderse varias hipótesis (ej.: si hay un vicio de nulidad por objeto ilícito, causa ilícita, por error, fuerza, dolo, o cualquiera que sea el tipo de nulidad, se configurará el nº 3 de la disposición en comento).

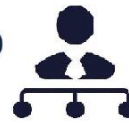
2.- Respecto de la *venta de cosa ajena*, ésta configura un justo título. A mayor abundamiento, la venta de cosa ajena vale. Excepcionalmente no lo será, y ello ocurrirá– como el lógico– cuando dicho contrato contenga alguno de los defectos o vicios del Art. 704.

18.5.- EL TITULO EN LA POSESIÓN DE LA HERENCIA.

En materia de posesión de la herencia, se distinguen tres tipos de posesión:

1.- Posesión legal de la herencia: Es una ficción legal, en cuya virtud se entiende que *los herederos entran en posesión de la herencia desde el momento en que fallece el causante, aunque ignoren tal circunstancia.* Esta posesión opera por el solo ministerio de la ley, aunque no haya *corpus* ni *animus*, de ahí que también se llama ***posesión civilísima***.

Su finalidad, es evitar que se produzca una *solución de continuidad en la titularidad del patrimonio del causante*, ya que para el CC el patrimonio es un atributo de la personalidad, de manera que no puede haber patrimonio sin titular.



2.- Posesión efectiva de la herencia: Es el *decreto judicial o resolución administrativa que reconoce a ciertas personas su calidad de heredero*.

3.- Posesión real de la herencia: Es la que responde al concepto de posesión del Art. 700 CC. Esta es la única que habilita para adquirir por prescripción.

¿Cuál es el plazo para adquirir el derecho real de herencia por prescripción? La *regla general* es de **10 años**, conforme al 2512 n° 1 CC. Pero hay una excepción, que se presenta a propósito del *heredero putativo*, a quien por decreto judicial o resolución administrativa, se le ha otorgado la posesión efectiva, pues en tal caso tal decreto o resolución le servirá de *justo título*, y podrá adquirir en el plazo privilegiado de **5 años**.

¿Esta prescripción de 5 años es ordinaria?

Se ha entendido que sí, por las siguientes razones:

a) El Art. 2512 n° 1 CC califica de extraordinaria la prescripción de 10 años del derecho real de herencia, y por tanto, es dable sostener que la de 5 años es ordinaria.

b) Al heredero putativo, el decreto judicial o resolución administrativa le sirve de *justo título*, y resulta que el justo título es un requisito de la posesión regular, y ésta conduce a la prescripción ordinaria.

*Para la Profesora Prado se trataría más bien de una *prescripción especial*, porque si fuese ordinaria considerando que la herencia es una universalidad en la cual su continente es distinto de su contenido, adoptando la tesis mayoritaria de Leopoldo Urrutia, las reglas para adquisición son la de los bienes muebles (regla general en materia adquisitiva) y, por tanto, debiese corresponder una prescripción de 2 años si se sostenemos que es una prescripción ordinaria.

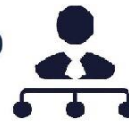
REQUISITO N° 3: LA TRADICIÓN, CUANDO SE INVOCA UN TÍTULO TRANSLATICO DE DOMINIO.

Este requisito se encuentra en directa relación con la buena fe, porque si se invoca un título translativo de dominio y no ha operado la tradición, mal podría el adquirente tener la convicción de que ha adquirido legítimamente el dominio.

Vale recordar que si una persona cree que en nuestro Derecho el sólo título translativo le confiere la propiedad, estaría incurriendo en un error de derecho, que constituye presunción de mala fe que no admite prueba en contrario.

Presunción de tradición: Art. 702 inc. final: *la posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hace presumir la tradición, a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título*.

En consecuencia, esta presunción sólo opera respecto de cosas muebles y de las servidumbres, porque su tradición no se efectúa por la inscripción del título.



Respecto de las servidumbres, la tradición se efectúa por escritura pública en que el tradente exprese constituirla y el adquirente aceptarla (Art. 698 CC).

II) POSESIÓN IRREGULAR: *Es la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular (Art. 708 CC); es la posesión que no procede de justo título, o ha sido adquirida de mala fe, o sin que haya mediado la tradición, si el título es translaticio de dominio.*

Cabe tener presente que, siendo una posesión, deben de todas formas concurrir los requisitos del Art. 700, esto es, *corpus* y *animus*. De ahí que algunos autores sostienen que, si el título invocado es translaticio de dominio y no ha operado la tradición, ni siquiera podríamos hablar de posesión, ya que es aquella la que confiere la tenencia de la cosa, y faltaría, por tanto, el *corpus*.

Paralelo entre posesión regular e irregular:

1.- La posesión regular permite adquirir el dominio por *prescripción adquisitiva ordinaria*, de dos **2 años**, tratándose de muebles, y de **5 años**, tratándose de inmuebles. La posesión irregular permite adquirir el dominio por *prescripción adquisitiva extraordinaria* de **10 años**, sin distinguir.

2.- Tanto el poseedor regular como el irregular gozan de la *presunción de dominio* del Art. 700 Inc. 2 CC, pues el legislador no distingue.

3.- Tanto el poseedor regular como el irregular pueden entablar los *interdictos posesorios*.

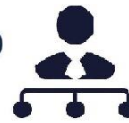
4.- El poseedor de buena fe que se hallaba en condiciones de adquirir la cosa por prescripción, puede entablar la *acción publiciana* (reivindicatoria); aunque no vale contra el verdadero dueño ni contra otro poseedor de igual o mejor derecho. El poseedor de mala fe no tiene derecho a esta acción.

5.- En materia de prestaciones mutuas, en juicio reivindicatorio, el poseedor vencido de mala fe se encuentra en una situación de notoria desventaja respecto al poseedor de buena fe vencido. Ej.: el poseedor de buena fe vencido hace suyos los *frutos percibidos hasta antes de la contestación de la demanda*; el poseedor de mala fe debe restituirlos; el poseedor de mala fe es responsable de los deterioros que por su culpa haya sufrido la cosa; el poseedor de buena fe sólo es responsable si se ha *aprovechado* de ellos, etc.

II.- Atendiendo a si permite o no adquirir por prescripción: Se distingue entre: i) posesión útil; y ii) posesión inútil (clasificación excluida del cedulario, pero se recomienda su lectura)

1.- Posesión útil: *es aquella que, por no ser viciosa, esto es, pacífica y pública, habilita para adquirir por prescripción.* Permite, además, ejercer los interdictos posesorios.

2.- Posesión inútil: *es aquella que, por ser viciosa, es decir, violenta o clandestina, no habilita para adquirir por prescripción* (Art. 709 CC). No permite entablar acciones posesorias.



A) Posesión violenta: *es la que se adquiere por la fuerza*

Consideraciones:

a) La fuerza puede ser actual o inminente, es decir, puede consistir en vías de hechos o amenazas.

b) La posesión debe adquirirse por la fuerza, de manera que si la posesión se adquiere pacíficamente, y la fuerza se emplea después para mantenerse la posesión, ella no deja de ser pacífica.

c) Con todo, el que en ausencia del dueño se apodera de la cosa, y volviendo el dueño le repele, es también poseedor violento (Art. 711 CC).

Los autores comentan que el Art. 711 CC aparentemente choca con el Art. 726 CC, en cuya virtud “*se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya*”. Frente a esto Claro Solar explica que el Art. 711 CC sólo se aplica a los inmuebles inscritos, toda vez que en éstos no se pierde la posesión sino mediante la respectiva cancelación. En consecuencia, si el poseedor inscrito deja su inmueble, conserva la posesión, pero si otro se apodera de dicho inmueble en su ausencia, y volviendo el poseedor inscrito, lo repele, se configura una posesión violenta.

Sujeto pasivo de la violencia: De acuerdo al Inc. 1 del Art. 712 CC, hay vicio de violencia ya sea que ésta se emplee contra:

- a) el verdadero dueño
- b) el poseedor no dueño
- c) el que la tenía en lugar o a nombre de otro (mero tenedor).

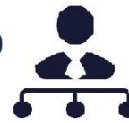
Todas estas personas cuentan con la *querella de restablecimiento o de despojo violento*, para recuperar la posesión.

Sujeto activo de la violencia: Según el inc. 2 del Art. 712 CC, es indiferente que la violencia se ejerza por sí o a través de un tercero con su consentimiento o incluso sin él, si con posterioridad ratifica expresa o tácitamente.

Características de la violencia:

1.-Es un vicio temporal: porque el carácter vicioso desaparece desde que la violencia cesa. Y esto es así porque la víctima de la violencia sólo puede ejercer *la querella de restablecimiento o despojo violento* en el plazo de **1 año contado desde el último acto de fuerza**. Al cabo de este año, como la acción posesoria se encuentra prescrita, se entiende que la posesión pasa a ser pacífica, esto es, una posesión útil, y en consecuencia, permite adquirir por prescripción y ejercer los interdictos posesorios.

2.- Es un vicio relativo: porque sólo puede invocarse por la persona que ha *sido víctima de la violencia*.



b) Posesión clandestina: es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella (Art. 713 CC).

Consideraciones:

- a) La posesión clandestina se opone a una *posesión pública*.
- b) No es necesario que el ocultamiento de la posesión se haga respecto de todo el mundo; baste que se haga respecto de los que tienen *derecho para oponerse a ella*.
- c) La clandestinidad contamina la posesión en cualquier momento de su vida, y no sólo al inicio, en el de la adquisición, como ocurre con la violencia. De ahí que el CC dice que la posesión clandestina es la que se ejerce (y no la que se adquiere) ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.
- d) Comentan los autores que fácilmente se concibe la posesión clandestina de los muebles; pero no la de los bienes raíces. Como ejemplo teórico se cita el del que construye bajo la casa del vecino una bodega o un camino para transitar, sin que ningún signo externo revele la usurpación.

Características:

- a) la clandestinidad es un vicio temporal, porque desde que cesa, la posesión deja de ser viciosa.
- b) la clandestinidad es un vicio relativo, porque sólo puede alegarla la persona que tiene derecho para oponerse a la posesión y respecto de la cual se ocultó.

Inutilidad de la posesión viciosa.

1.- Según la opinión tradicional la posesión viciosa impide: a) *adquirir por prescripción*; y b) *ejercer las acciones posesorias*.

2.- De acuerdo a una opinión minoritaria, los vicios de la posesión pueden acompañar tanto a la posesión regular como irregular. Puede acompañar a la posesión regular, por ejemplo, cuando se compra una cosa creyendo que el vendedor es el verdadero dueño, y hay justo título y tradición, y posteriormente el comprador toma conocimiento de que la cosa pertenecía a un tercero y comienza a ejercerla ocultándola de ese tercero. Puede acompañar a la posesión irregular, por ejemplo, cuando se compra una cosa a sabiendas que no le pertenece al deudor y desde un comienzo se ejerce la posesión ocultándola del verdadero dueño de la cosa.

De este modo, no se puede decir que la posesión clandestina es inútil, pues también lo serían, en dichos casos, la posesión regular e irregular. De ahí que las posesiones regulares e irregulares que adolezcan de vicios permiten adquirir en algunos casos por prescripción, y ejercer acciones posesorias. Los sostenedores de esta teoría sintetizan sus conclusiones del modo que sigue:

- La *clandestinidad* puede acompañar a la posesión regular; pero ésta no puede ser jamás clandestina desde un comienzo, porque es incompatible con la buena fe.
- La clandestinidad puede acompañar a la posesión irregular.



- La posesión regular nunca puede ser *violenta*, y, en consecuencia, la posesión violenta siempre será irregular.
- el poseedor violento puede adquirir por prescripción si *carece de título*, pues no se concibe un poseedor violento con título.
- el *poseedor clandestino* puede adquirir por prescripción cuando carezca de título y cuando posee en virtud de un título translativo justo o injusto.
- Ni el poseedor violento ni el clandestino pueden prescribir cuando tengan la cosa en virtud de un título de *mera tenencia*.

Vale precisar que los partidarios de la teoría de la utilidad de la posesión viciosa, reconocen que si bien estas conclusiones se desprenden de los diversos preceptos del CC, no guardan todas ellas armonía con la doctrina general de la prescripción adquisitiva y algunas están lejos de satisfacer la equidad.

La agregación de posesiones: Es la *facultad que la ley confiere al actual poseedor para añadir al tiempo de su posesión la de su antecesor o antecesores* (Art. 717 CC).

Fundamento: Es de carácter práctico. La razón de ser de esta institución radica en que como las cosas cambian con mucha frecuencia de manos, sea por transmisión o transferencia, sería muy difícil que una persona pudiera mantenerse en posesión exclusiva de la cosa durante el plazo fijado por la ley para adquirir por prescripción y para ejercer las acciones posesorias. De ser así estas instituciones tendrían escasa aplicación. En consecuencia, la agregación de posesión se aplica para computar el tiempo en la prescripción adquisitiva y en las acciones posesorias (Art. 2500 y 920 CC).

Requisitos:

- 1.- Que exista un vínculo jurídico entre el actual poseedor y su antecesor: esto significa que el actual poseedor debe ser un sucesor del anterior poseedor. Luego, el ladrón, aunque es poseedor, no puede agregar a su posesión la de la persona robada, ya que ésta no es jurídicamente su antecesor.
- 2.- Que las posesiones que se suman sean contiguas y no interrumpidas: esto significa que no debe haber una solución de continuidad entre la posesión actual ni la que se trata de agregar, ni debe haber interrupción o suspensión de las posesiones que se agregan.
- 3.- que las posesiones que se agregan sea útiles para prescribir.

Reglas que gobiernan la agregación de posesiones.

- 1.- La agregación de posesión es una facultad del sucesor.
- 2.- La agregación de posesión procede respecto de los antecesores mediatos e inmediatos. Cabe precisar que para que se agregue la posesión de una serie de antecesores, es necesario que ésta sea *ininterrumpida*. Debe observarse que la cadena de antecesores se



cuenta desde el poseedor actual hacia atrás, no es menester apropiarse de toda la serie de posesiones anteriores; el que se acoge a la agregación, sabrá hasta qué antecesor llega, aunque siempre deberá tratarse de una cadena ininterrumpida hasta el antecesor último que elija.

3.- El sucesor no puede escoger sólo los antecesores que le convengan: el sucesor no puede romper el orden de los antecesores aprovechándose de la posesión de los que le convengan y saltarse la de los que le perjudiquen. .

4.- El sucesor agrega la posesión de sus antecesores con todas sus cualidades y vicios. Ej.: si el actual poseedor es un poseedor regular, y la posesión del antecesor es irregular, la agregación de posesión hace irregular la posesión del primero.

Coposesión o posesión proindiviso.

Los Art. 718 Inc. 1, 1344 Inc. 1 y 2417 Inc. 1 CC consagran el *efecto declarativo* de la partición. El **Art. 718 CC** señala que *cada uno de los partícipes de una cosa que se poseía proindiviso, se entenderá haber poseído exclusivamente la parte que por la división le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión. Podrá pues añadir este tiempo al de su posesión exclusiva, y las enajenaciones que haya hecho por sí solo de la cosa común, y los derechos reales con que las haya gravado, subsistirán sobre dicha parte si hubiera sido comprendida en la enajenación o gravamen. Pero si lo enajenado o gravado se extendiere a más, no subsistirá la enajenación o gravamen contra la voluntad de los respectivos adjudicatarios.*

De aplicarse el efecto retroactivo de la partición, en sentido riguroso, esta facultad no debería existir, pues la posesión exclusiva debería entenderse que existió por todo el lapso de indivisión ¿cómo se explica esto? Los autores señalan que el efecto declarativo se aplica al dominio, esto es, el consagrado en el Inc. 1 del Art. 718 CC, se aplica cuando *los comuneros era efectivamente dueños de la cosa*. Pero si sólo eran poseedores, cabe aplicar el Inc. 2 del Art. 718 CC, esto es, puede el adjudicatario agregar al tiempo de su posesión exclusiva el tiempo de posesión proindiviso.

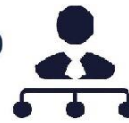
Pregunta: *¿Cuál es el título que justifica la posesión del adjudicatario, en caso de que el adjudicatario decida hacer uso de la agregación de la posesión?*

Su justo título será el hecho o acto jurídico que dio origen a la comunidad, y su posesión exclusiva se mirará como que empezó en la fecha en que se produjo ese hecho o acto.

Pregunta: *¿Cuál es el título que justifica la posesión del adjudicatario, en caso de que el adjudicatario decida no hacer uso de la agregación de la posesión?*

Se dice que su justo título será la adjudicación (Art. 703 CC), de modo que su posesión exclusiva comenzará desde la fecha de la adjudicación.

Pregunta: Cuando el adjudicatario añade a su posesión exclusiva el tiempo de posesión proindiviso, *¿estamos frente a un caso de agregación de posesión propiamente tal?*



Los autores dicen que no, porque la agregación de posesiones implica añadir dos posesiones distintas, la del antecesor y sucesor, y aquí no hay sino una sola posesión, que se considera existente a partir del hecho o acto que dio origen a la comunidad.

Transmisibilidad y transferencia de la posesión. Se entiende que la posesión *es intransmisible e intransferible*. Y ello, es consecuencia natural de que la posesión sea un hecho.

De este modo el causante –por causa de muerte o entre vivos– no transmite ni transfiere su posesión al sucesor, sino que principia en éste una nueva sin perjuicio de su facultad para hacer uso de la *agregación de la posesión* (Art. 717 CC).

Estructura de la posesión: En esta materia se distinguen tres elementos: a) elemento personal o subjetivo; b) elemento real u objetivo; c) elemento formal.

a) Elemento subjetivo: Se refiere a las *personas* que puede ser poseedores. Se entiende que pueden poseer todas las personas, sean naturales o jurídicas, sean de sujeto singular o plural (coposesión).

Capacidad en la posesión: Aquí hay que distinguir entre:

1) capacidad para *iniciar* posesión:

Hay que subdistinguir:

a) tratándose de bienes muebles: pueden adquirir por sí mismos la posesión todas las personas, salvo los dementes y los infantes, debido a que ellos carecen de *animus*, de modo que sólo puede iniciar posesión a través de sus representantes.

b) tratándose de bienes inmuebles: se aplican las reglas generales en materia de la capacidad en los actos jurídicos.

2) capacidad para *ejercer* los atributos de la posesión:

También se aplican las reglas generales en materia de capacidad de los actos jurídicos. De ahí que se requiere de *plena capacidad* para ejercer los atributos de la posesión.

b) Elemento real u objetivo: Se refiere a las *cosas* que pueden ser objeto de posesión, distingamos:

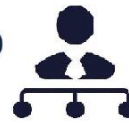
a) cosas corporales: se pueden poseer todas las cosas corporales que reúnan los siguientes requisitos:

1.- Que sean **cosas determinadas**.

2.- Que estén dentro del **comercio humano**.

b) cosas incorpóreas: aquí hay que subdistinguir:

i) tratándose de derecho reales: indiscutidamente los derechos reales pueden ser objeto de posesión. Por ejemplo, el usufructuario no posee la cosa fructuaria, pero sí posee el derecho real de usufructo. Entonces, si el constituyente era dueño de la cosa fructuaria el



usufructuario será poseedor y dueño del derecho real de usufructo. Y si el constituyente no era dueño de la cosa fructuaria, el usufructuario sólo será poseedor de ella, de modo que cumpliéndose los requisitos legales podrá llegar a adquirir por prescripción tal derecho.

b) tratándose de derechos personales: los autores no están contestes. Así:

1.- Para algunos, los derechos personales **pueden ser objeto de posesión**, solo que NO habilita para adquirir por prescripción.

Argumentos:

a) el **Art. 715 CC** dice que las cosas incorpóreas son susceptibles de posesión, sin distinguir entre derechos reales y personales.

b) el **Art. 1567 Inc. 2** que habla del pago de lo no debido, menciona expresamente su validez en caso de que este haya sido hecho de buena fe a la persona que estaba “*en posesión del crédito*”, es decir, reconoce que los créditos o derechos personales pueden ser objeto de posesión.

2.- Mayoritariamente se ha entendido que los derechos personales **NO pueden ser objeto de posesión**.

Argumentos:

a) los derechos personales *no pueden adquirirse por prescripción*, y si esto es así, significa que no puede ser objeto de posesión (art.2498 menciona únicamente a los derechos reales).

b) Cuando el CC habla de “*la posesión del crédito*”, no lo hace en su sentido técnico, pues en este caso se refiere al acreedor aparente o putativo y no a un poseedor en sentido estricto.

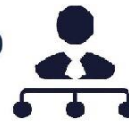
c) el *derecho romano* sólo aceptó la posesión de derechos reales.

d) el Art. 715 CC debe interpretarse en relación al Art. 714. Este último precepto, luego de definir la mera tenencia señala varios ejemplos, y todos ellos corresponden a derechos reales. Luego, al hablar el Art. 715 CC de cosas incorpóreas, debe entenderse en referencia a los derechos reales.

e) sostener que puede haber posesión de derechos personales resulta un contrasentido, ya que la posesión está destinada a conferir un uso más o menos prolongado de la cosa, mientras que los derechos personales, que tienen como contrapartida una obligación, *están llamados a extinguirse*.

f) el **párrafo XXIV** del mensaje del CC señala expresamente “*pero el arrendatario de una finca nada posee, no goza más que de una acción personal para la conservación de los derechos que le ha conferido el contrato*”.

c) Elemento formal: Este elemento se refiere a *cómo se inicia la posesión*. La posesión se adquiere en virtud de un **modo de adquirir**. Lo normal es que mediante el modo se adquiere el dominio y la posesión. Pero si no opera la adquisición de dominio (ej.: porque el tradente no era dueño o el causante era sólo poseedor), se adquirirá de todas formas la posesión, a través de la tradición o sucesión por causa de muerte, en los ejemplos.



De la adquisición, conservación y pérdida de la posesión (tema excluido del cedulario pero se recomienda su lectura)

Generalidades: La posesión puede adquirirse por sí o a través de representante, (sea legal o convencional), e incluso a través de un agente oficioso (Art. 721 CC).

1) La posesión adquirida personalmente por el poseedor: esta es la situación normal, y el código en esta materia no contempla normas especiales.

2) la posesión adquirida a través de otra persona: puede darse en dos casos:

a) posesión adquirida a través de un representante legal o convencional.

Requisitos:

- que el representante esté autorizado por el representado o por la ley para actuar a nombre de éste.

- que el representante manifieste que está actuando en lugar y a nombre del representado (*contemplatio domine*).

- que el representante actué dentro de sus facultades, y que dentro de ellas se encuentre la de iniciar posesión. Cabe aquí precisar que si el representante está facultado para adquirir el dominio a nombre del representado, se entiende que también lo está para iniciar posesión a su nombre.

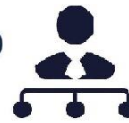
***Momento en que opera la adquisición de la posesión realizada a través de representante.**

La posesión del representado principia en el mismo acto en que el representante tomó la posesión de la cosa en lugar y a nombre de aquél, aún sin su conocimiento (Art. 721 Inc. 1 CC).

b) posesión adquirida a través de un agente oficioso: cuando la posesión se adquiere a través de agente oficioso, el interesado no entra en posesión de la cosa sino en virtud de su *conocimiento y aceptación*; pero se retrotrae la posesión al momento en que fue tomada a su nombre (Art. 721 Inc. 2 CC).

ADQUISICIÓN, PÉRDIDA Y CONSERVACIÓN DE LA POSESIÓN DE BIENES MUEBLES Y DE LOS INMUEBLES.

Para analizar este tema hay que distinguir lo que ocurre en los bienes muebles y derechos reales constituidos en ellos, de lo que ocurre en los bienes inmuebles y derechos reales constituidos en ellos, y en este último caso, subdistinguir según si éstos están o no inscritos.



SITUACIÓN DE LOS BIENES MUEBLES Y DERECHOS REALES CONSTITUIDOS EN ELLOS.

1.- Adquisición de la posesión de bienes muebles. La posesión de los bienes muebles se adquiere por la sola concurrencia del *corpus* y del *animus*.

* Excepcionalmente no se requiere del *corpus* y del *animus* tratándose de la posesión legal o civilísima del derecho real de herencia.

2.- Conservación de la posesión de bienes muebles. La posesión se conserva mientras se mantenga el *animus* y el *corpus*.

Consideraciones:

a) la posesión de las cosa mueble no se pierde mientras *se halla en poder del poseedor, aunque éste ignore accidentalmente su paradero*.

b) Tampoco se pierde la posesión si se entrega la cosa a un tercero en virtud de un *título de mera tenencia*, lo que se desprende de la propia definición de posesión del Art. 700 CC, cuando advierte que el poseedor puede tener la cosa por sí mismo o por otra persona en lugar y a nombre de él.

c) Para que se conserve la posesión no es necesario que el *animus* sea permanente, es decir, que exista momento a momento. La ley presume que el que ha entrado en posesión de una cosa *mantiene la voluntad de tenerla como señor y dueño, mientras no aparezca voluntad contraria*. Esta voluntad contraria puede provenir del mismo poseedor, como cuando enajena la cosa o la abandona para que la haga suya el primer ocupante, o de un tercero, y así se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya.

3.- Pérdida de la posesión de bienes muebles. La posesión de los bienes muebles se pierde por la falta de *corpus* y/o de *animus*.

a) pérdida de la posesión por falta de **corpus**, aunque se conserve el *animus*.

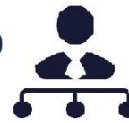
- cuando otro se apodera de la cosa poseída con ánimo de hacerla suya (Art. 726 CC)

- cuando sin pasar la posesión a otras manos, *se hace imposible el ejercicio de actos posesorios*. Tal es el caso de una heredad que ha sido permanentemente inundada (Art. 2502 CC).

- cuando un animal salvaje o bravío recobra su *libertad natural* (Art. 619 CC);

- cuando un animal doméstico *pierde la costumbre de volver al amparo y dependencia de quien lo poseía*.

- cuando la *cosa materialmente se pierde y no se hallaba bajo el poder del poseedor*. Nótese la diferencia de esta situación con la contemplada en el Art. 727 CC, según el cual la posesión de la cosa mueble no se pierde *mientras se halla en poder del poseedor*, aunque este ignore accidentalmente su paradero. Este último es el caso del que



tiene un objeto en su casa, pero no sabe dónde se encuentra o el lugar en que lo dejó. En cambio, el primero es el caso, por ejemplo, del viajero a quien durante el trayecto caen las cosas del carruaje que las lleva.

b) pérdida de la posesión por falta de *animus*, aunque se conserve el *corpus*. Esto ocurre en el caso del *constituto posesorio*, es decir, cuando el poseedor enajena la cosa, pero acuerda conservarla a título de mera tenencia.

c) pérdida de la posesión por falta de *animus* y de *corpus*.

- cuando ese *enajena* la cosa.

- cuando se *abandona* la cosa

SITUACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES Y DERECHOS REALES CONSTITUIDOS EN ELLOS.

Antecedentes: Andrés Bello estimo que exigir la inscripción de todos los inmuebles era una medida demasiado radical, que traería serias perturbaciones en la vida jurídica. En efecto, de haber sido así cada propietario se vería en la necesidad jurídica de acreditar sus respectivos títulos, lo que importaría interminables y engorrosos juicios.

Por esa razón, Andrés bello otorgó a la inscripción conservatoria el *mérito de acreditar la posesión* sobre bienes raíces y demás derechos reales constituidos en ellos, y no el dominio de los mismos.

El autor del CC estimó que con el devenir del tiempo llegarían a estar inscritas todas las propiedades, y los términos posesión, dominio e inscripción llegarían a ser términos que se identificarían. Para estos efectos incorporó diversos mecanismos que permitieran gradualmente ir incorporando los bienes raíces al sistema registral. Así:

- la *tradición de los bienes raíces* debe hacerse a través de la respectiva inscripción en el registro conservatorio.

- para que los herederos puedan *disponer de los inmuebles hereditarios* deben practicar las inscripciones del Art. 688 CC.

- para que la *sentencia que declara la prescripción sea oponible a terceros*, debe inscribirse en el Conservador.

- para que valga la *hipoteca constituida en el extranjero respecto de bienes raíces situados en Chile*, debe practicarse la respectiva inscripción.

Nótese que el CC no exige la inscripción a propósito de la accesión, porque la inscripción del inmueble principal cubre también la que accede a él; tampoco la exige en la *ocupación*, porque los inmuebles deben carecer de dueño, y en nuestro país no hay inmueble que carezcan de propietario.

Desgraciadamente el vaticinio de Bello no se cumplió, y actualmente en Chile subsisten bienes muebles inscritos y no inscritos. De ahí que, para analizar la adquisición, pérdida y conservación de los bienes raíces, debe distinguirse según si éstos están o no inscritos.



SITUACIÓN DE LOS INMUEBLES NO INSCRITOS.

Adquisición de la posesión de inmuebles no inscritos. En esta materia hay que distinguir:

a) **Si se invoca un título no translativo de dominio.** La posesión se adquiere concurriendo el *corpus* y el *animus*, de manera que no se requiere de inscripción. En consecuencia, la posesión se adquiere mediante el simple *apoderamiento material del bien raíz con ánimo de señor o dueño*. Esto se desprende de dos Arts.:

a) **Art. 726 CC**, *se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella con ánimo de hacerla suya, menos en los casos que las leyes expresamente exceptúan.*

b) **Art 729 CC**, *si alguien, pretendiéndose dueño, se apodera violenta o clandestinamente de un inmueble cuyo título no está inscrito, el que tenía la posesión la pierde.*

Comentario: Alessandri señala que el Art. 729 CC es una verdadera sanción al poseedor negligente que no inscribió su título. Se entiende sí que el que se apodera de la cosa violenta o clandestinamente sería poseedor irregular, porque no hay buena fe inicial y el simple apoderamiento no es justo título.

Al respecto, algunos autores piensan que hay una contradicción entre el Art. 726 y 729 con el Art. 724 CC. De los dos primeros se desprende que el sólo apoderamiento material con ánimo de señor y dueño basta para iniciar posesión, mientras que el Art. 724 CC expresa que *si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por medio de inscripción, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por éste medio*. Sin embargo, se estima que tal contradicción es solo aparente; en efecto, los autores comentan que el **Art. 726** contendría la regla general, pero esta disposición reconoce la existencia de excepciones; y en este sentido el Art. 729 sólo se aplicaría a los inmuebles no inscritos y el Art. 724 CC sólo a los inmuebles inscritos.

b) Si se invoca un título translativo de dominio.

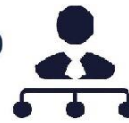
Cuando se invoca un título translativo de dominio, la inscripción es siempre necesaria cuando se trata de adquirir la posesión regular, mientras que tratándose de la posesión irregular los autores no están de acuerdo. Así:

a) **tratándose de la posesión regular:** se requiere *siempre de inscripción*, toda vez que para que haya posesión regular, cuando se trata de un título translativo, debe mediar la tradición, y sabemos que la tradición de bienes raíces se efectúa a través de la respectiva inscripción. Es una lógica consecuencia del Art. 724 CC, en cuya virtud *si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*.

b) **tratándose de la posesión irregular:** hay dos opiniones:

1.- Para algunos, como Alessandri, la **inscripción es necesaria**.

Argumentos:



a) el tenor literal del Art. 724 CC, por cuanto este precepto señala que *si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*, y no distingue en cuanto a la naturaleza de la posesión, de manera que la exigencia debe entenderse hecha tanto para adquirir la posesión regular como irregular, y ésta sería una norma especial frente al Art. 708, que define a la posesión irregular como la que carece de uno más de los requisitos de la posesión regular, pues aquélla se refiere exclusivamente a los inmuebles.

b) El *espíritu del legislador* es lograr que todos los inmuebles se incorporen al sistema registral, y si pudiera adquirirse la posesión irregular de un bien raíz no inscrito sin la correspondiente inscripción, cuando se invoca un título translativo de dominio, el espíritu del legislador se vería en gran parte frustrado.

2.- Para otros, como José Clemente Fabres y Ruperto Bahamondes, **la inscripción no es necesaria.**

Argumentos:

a) La tradición, cuando se invoca un título translativo de dominio, es requisito para la posesión regular, y la *posesión irregular* es justamente la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular, de manera que en ella no es necesaria la inscripción.

b) Si se interpretan armónicamente los arts. 724, 726 y 729 CC, se observa que si el sólo apoderamiento material basta para iniciar posesión regular, con mayor razón debiera poder iniciarse la posesión irregular por el sólo apoderamiento, cuando se invoca un título translativo de dominio.

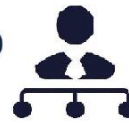
c) Lo anterior se corrobora con el **Art. 730 CC**, en cuya virtud si el mero tenedor usurpa la cosa dándose por dueño de ella, no se pierde la posesión ni se adquiere por otra; a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa. En este caso, la persona a quien se enajena adquiere la posesión de la cosa, y pone fin a la posesión anterior.

Con todo, si el mero tenedor tiene la cosa a nombre de un poseedor inscrito, se da por dueño y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra sino con la competente inscripción.

Claramente aparece que el Inc. 1 de la disposición no hace distinción alguna entre bienes muebles e inmuebles, y que el Inc. 2 es la excepción al primero, por cuanto se refiere sólo a los *inmuebles inscritos*. Interpretando este inciso segundo, *a contrario sensu*, se advierte que si el inmueble no está inscrito no se requiere la competente inscripción.

Conservación de la posesión de inmuebles no inscritos. La posesión de bienes inmuebles no inscritos se conserva mientras subsista el *corpus* y el *animus*. La conservación de los bienes inmuebles no inscritos, se encuentran, por tanto, en la misma situación que los bienes muebles.

Pérdida de la posesión de inmuebles no inscritos. Al igual que en los bienes muebles, la posesión de inmuebles no inscritos se pierde cuando falta el *corpus* y/o el *animus*.



SITUACIÓN DE LOS INMUEBLES INSCRITOS.

Adquisición de la posesión de bienes inmuebles inscritos. En esta materia hay que distinguir:

1) Si se invoca un título no translativo de dominio: Los autores están de acuerdo que no se requiere de inscripción.

Argumentos:

a) el Art. 724 CC (llave fundamental de la posesión inscrita en nuestro CC), señala que *si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por medio de inscripción, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*. Luego, como la tradición se requiere cuando se hace valer un título translativo de dominio, resulta que si no se hace valer un título de esa especie, la adquisición de la posesión no está sujeta a dicha inscripción.

b) el análisis de los títulos no translativos de dominio lleva a idéntica conclusión. En efecto:

- Si se invoca como título de posesión la *sucesión por causa de muerte* – título *derivativo*– la inscripción es innecesaria para adquirir la posesión, puesto que la posesión de la herencia se adquiere por el *sólo ministerio de la ley en el momento en que es diferida, aunque el heredero la ignore*.

- Entre los títulos constitutivos de dominio el CC señala a la ocupación, accesión y prescripción.

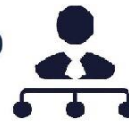
La *ocupación* no procede como título de posesión de inmuebles, porque para que ella opere se precisa de una cosa que no tenga dueño, y en nuestro país no hay inmuebles sin dueño.

La *accesión* no exige inscripción conservatoria para adquirir la posesión de un bien raíz que accede, porque la inscripción del inmueble principal cubre los que se agrega a ella, en virtud del adagio de que *lo accesorio sigue la suerte de lo principal*.

La *prescripción* se sostiene que no es un título de posesión; sólo constituye un modo de adquirir y nada más, y esto es así porque para que haya prescripción es necesaria que previamente haya posesión. En consecuencia, si una persona posee después de haber prescrito a su favor un bien, posee en razón de su dominio y no de la prescripción. Es cierto que la sentencia judicial que declare la prescripción debe inscribirse en el conservador, pero tal inscripción sólo se exige para que la prescripción sea oponible a terceros, y para mantener la continuidad de la historia de la propiedad raíz, y no para otra cosa.

2) Si se invoca un título translativo de dominio: Hay que distinguir:

a) **Si se trata de adquirir la posesión regular.** Indiscutidamente, se requiere de inscripción para adquirir la posesión regular, cuando se invoca un título translativo de dominio. La exigencia es indudable, pues uno de los requisitos de la posesión regular es la



tradición cuando se hace valer un título translativo de dominio (Art. 702 CC), y la tradición del dominio de los bienes raíces se efectúa por la inscripción en el registro conservatorio (Art. 686 CC).

De este modo, *si la tradición es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio* (Art. 724 CC).

b) si se trata de adquirir la posesión irregular:

1.- Para algunos, como Alessandri, la **inscripción es necesaria**.

Argumentos:

a) el tenor literal del Art. 724 CC, por cuanto este precepto señala que *si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por la inscripción, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio*, y no distingue en cuanto a la naturaleza de la posesión, de manera que la exigencia debe entenderse hecha tanto para adquirir la posesión regular como irregular, y ésta sería una norma especial frente al Art. 708, que define a la *posesión irregular* como la que carece de uno más de los requisitos de la posesión regular, pues aquélla se refiere exclusivamente a los inmuebles.

b) La ley declara en numerosas disposiciones que el poseedor inscrito no pierde su posesión mientras subsista ésta a su favor, como ocurre en los arts. 726 CC, 728, 729 y 730 CC. De este modo, para adquirir la posesión, sea regular o irregular, cuando se invoca un título translativo de dominio, se requiere de inscripción.

c) Corrobora lo anterior el Art. 2505 CC, ubicado a propósito de la prescripción adquisitiva, sin distinguir entre ordinaria y extraordinaria, señala que *contra título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces o de derechos reales constituidos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito; ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo*. De este modo, si la posesión irregular pudiera adquirirse sin título inscrito, habría prescripción contra título inscrito sin otro título inscrito. La infracción al Art. 2505 sería manifiesta.

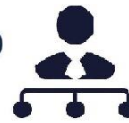
d) Razonar de otro modo importaría una transgresión al *espíritu del legislador*, en orden éste último a que todos los inmuebles con el tiempo quedarían incorporados al sistema registral.

2.- Para otros, como José Clemente Fabres y Ruperto Bahamondes, tal inscripción **no es necesaria**.

Argumentos:

a) La tradición, cuando se invoca un título translativo de dominio, es requisito para la posesión regular, y la posesión irregular es justamente la que carece de uno o más de los requisitos de la posesión regular, de manera que en ella no es necesaria la inscripción.

b) La exigencia de la inscripción del Art. 724 CC sólo comprende la posesión regular, porque sólo en ella se necesita esencialmente la tradición, lo que se ve corroborado por diversas disposiciones, como los arts. 702, 708, 729, 730.



Conservación de la posesión de bienes raíces inscritos. La posesión se conserva mientras subsista la inscripción. Así se desprende del Art. 728 Inc. 2, en cuya virtud *mientras subsista la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere la posesión de ella ni pone fin a la posesión existente.*

Pérdida de la posesión. La posesión de los bienes raíces inscritos sólo se pierde mediante la cancelación. El Art. 728 Inc. 1 establece tres formas de cancelación: 1) por la voluntad de las partes; 2) por una nueva inscripción en la que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro; 3) por resolución judicial.

a) Por la voluntad de las partes: La inscripción se cancela en primer término por la *resciliación*, esto es, un acuerdo de voluntades de las partes destinado a dejar sin efecto un contrato anterior y cancelar la inscripción que se había hecho en razón de él. Entonces, como desaparece la causa, que es el contrato, queda también sin efecto la consecuencia, que es la inscripción. Esta cancelación debe realizarse *materialmente*, y al respecto se señala:

1.- Para algunos, basta con una anotación marginal, señalándose que se cancela la inscripción vigente y que revive la inscripción anterior.

2.- Mayoritariamente se ha entendido que se precisa de una nueva inscripción a nombre del poseedor anterior.

b) Por una nueva inscripción en la que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro: Esta es la forma ordinaria de cancelar una inscripción. Esta cancelación, a diferencia del caso anterior, es *virtual*, en el sentido de que se produce en forma automática por el hecho de que el poseedor inscrito transfiera a otra persona su derecho: simultáneamente con efectuarse la tradición, mediante la inscripción a favor del adquirente, queda cancelada la inscripción anterior.

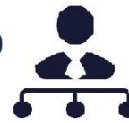
En la nueva inscripción, debe hacerse mención a la anterior, para mantener la continuidad de la historia de la propiedad raíz.

c) Por resolución judicial Se produce la cancelación por sentencia judicial cuando se ha seguido un juicio, por ejemplo, de reivindicación, de resolución, de nulidad, que reconoce la posesión existente u ordena que se devuelva la posesión a quien corresponde.

Esta cancelación se hace materialmente, mediante una subinscripción al margen de la inscripción.

Problema: ¿El título injusto es idóneo para cancelar una inscripción? La jurisprudencia mayoritaria entiende que la inscripción de un título injusto sirve para cancelar una inscripción anterior.

Razones:



a) si se puede prescribir sin título alguno (Art. 2510 nº 1 CC), con mayor razón se podrá prescribir con título injusto, que, cancelando la posesión anterior, dé nacimiento a una posesión irregular, que sirva de base a la prescripción extraordinaria.

b) Los arts. 728 y 2505 CC que se refieren a la cancelación de la posesión inscrita por la inscripción de un nuevo título translativo de dominio, no distinguen entre títulos justos e injustos;

c) el Art. 730 considera precisamente un caso de cancelación de una inscripción mediante la inscripción de un título injusto, como es el título que revoca del usurpador, que más injusto no puede ser.

Naturaleza jurídica de la inscripción conservatoria. Al respecto existen dos grandes teorías:

1) teoría de la inscripción ficción. De acuerdo a esta teoría la inscripción conservatoria importa una construcción artificial del legislador, en cuya virtud se entiende que la sola circunstancia de tener inscrito un inmueble, hace concurrir a favor del titular de la inscripción el *corpus* y el *animus*.

Consecuencias:

- a) la sola inscripción es suficiente para que su titular sea considerado poseedor.
- b) mientras subsista la inscripción, su titular conserva la posesión.
- c) la posesión sólo puede ser cancelada mediante alguna de las formas que taxativamente menciona el Art. 728 CC.
- d) la realidad posesoria no interesa.

2) teoría de la inscripción garantía. Según esta teoría la posesión es un hecho que precisa de la concurrencia real del *corpus* y *animus*, de manera que la inscripción sólo garantiza o asegura esa posesión real.

Consecuencias:

- a) Lo fundamental es la realidad posesoria.
- b) Si alguien figura inscrito en el conservador de bienes raíces pero carece de *corpus* y *animus* no es poseedor. Se trataría sólo de una inscripción de papel sin contenido efectivo.
- c) la inscripción puede cancelarse a través de cualquier forma, ya que el Art. 728 CC no es taxativo.

Prueba de la posesión de inmuebles. Al respecto hay dos normas aparentemente contradictorias: **art. 924 y 925 CC**. La primera de ellas señala que *la posesión de los derechos inscritos se prueba mediante la respectiva inscripción, con tal de que haya durado un año completo. Cumpliéndose estos requisitos, la prueba de la posesión es irrefutable.*



En Art. 925 CC, por su parte, expresa *que la posesión del suelo se prueba mediante hechos positivos, de aquellos a que sólo da derecho el dominio, como el corte de madera, construcción de edificios, de cerramientos, plantaciones y otros similares, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión.*

Esta contradicción ha sido solucionada de manera diversa. Así:

1) La teoría de la inscripción ficción señala que por regla general la posesión de inmuebles se prueba mediante el Art. 924 CC y excepcionalmente por el Art. 925, y ello, en dos casos: - si el inmueble no está inscrito; - si el inmueble está inscrito, pero la inscripción ha durado menos de un año completo.

2) la teoría de la inscripción garantía plantea que por regla general la posesión de inmuebles se prueba mediante el Art. 924 CC, porque lo normal es que la realidad posesoria se corresponda con la inscripción; y sólo en el caso de disociación entre ésta y aquella, se aplica el Art. 925 CC.

3) Para una tercera opinión el Art. 924 CC debe aplicarse cuando se probar derechos reales inscritos distintos del dominio, mientras que el Art. 925 CC de aplicarse cuando se intenta probar el dominio inscrito.

Consideración en cuanto a la prueba. La ley concede las *acciones posesorias* para conservar o recuperar la posesión de bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. Y el que recupera legalmente la posesión perdida, se entiende haberla tenido durante todo el tiempo intermedio (Art. 731 CC), es decir, la recuperación opera con efecto retroactivo.

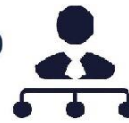
Situación del usurpador. Supongamos que un inmueble está inscrito a nombre de Juan, y algún tiempo después, Pedro, arrendatario de aquél, se dice dueño del inmueble y se lo vende a Diego. Éste inscribe ¿la inscripción produce o no el efecto de cancelar la inscripción?

La solución respecto de los **bienes muebles y bienes raíces no inscritos**, se encuentra en el Art. 730 CC, el cual dice en su inc. 1 que *si el mero tenedor usurpa la cosa, dándose por dueño de ella, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, a menos que el usurpador enajene a su propio nombre la cosa.*

En consecuencia, sólo cuando el usurpador enajena a su propio nombre, se pone fin a la posesión anterior y comienza una nueva: la del tercero adquirente.

El Inc. 2 del Art. 730 CC contempla el caso referente a los **bienes raíces inscritos**, y expresa que *si el mero tenedor tiene la cosa en lugar y en nombre de un poseedor inscrito, y se da por dueño de ella y la enajena, no se pierde por una parte la posesión ni se adquiere por otra, sin la competente inscripción. ¿Qué se entiende por competente inscripción?* Al respecto se han dado fundamentalmente dos opiniones:

1).- la “competente inscripción” es la que emana real o aparentemente del poseedor inscrito anterior (teoría de la inscripción ficción). Se fundan básicamente en que el



espíritu del legislador es que se mantenga la continuidad de la propiedad inscrita, y ello sólo es posible cuando la inscripción proviene del eslabón inmediatamente anterior. En consecuencia, la competente inscripción es aquella en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otra persona. De acuerdo a esta teoría el Art. 730 CC tiene una aplicación restringida, pues sólo se aplica en tres situaciones:

a) *cuando el poseedor inscrito ratifica venta hecha por el usurpador del inmueble* (Art. 1818 CC)

b) *cuando el usurpador después de enajenar el inmueble, lo adquiera por actos entre vivos o por causa de muerte, validándose entonces retroactivamente la venta* (Art. 1819 CC)

c) *el caso del usurpador que, tomando el nombre del verdadero dueño, haciéndose pasar por él, suplantándolo, vende el inmueble inscrito a un tercero.*

En estos tres casos, la nueva inscripción cancela la inscripción anterior. Esta teoría ha sido criticada, señalándose que los casos de la letra a) y b) dicen más relación con el dominio que con la posesión y que el caso de la letra c) está expresamente excluido por el Art. 730 Inc. 2 CC, que se refiere al usurpador que, dándose por dueño de la cosa, la enajena a *su propio nombre*.

2).- la “competente inscripción” es la realizada con todas las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador del bienes raíces respectivo (teoría de la inscripción garantía)

Argumentos:

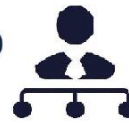
a) La propia norma admite que el poseedor inscrito pueda perder la posesión como consecuencia de la enajenación de la cosa por el usurpador, seguida de la competente inscripción, y por consiguiente, ésta inscripción no puede ser otra que la del *título de enajenación derivada del usurpador*.

b) No ha podido la ley referirse a una inscripción que proceda del poseedor inscrito, pues a ese caso alude el Art. 728, cuando dice que la posesión inscrita se cancela por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito transfiere su derecho a otro, y el Art. 730 CC se coloca en el supuesto contrario, es decir, que no es el poseedor inscrito quien enajena la cosa, sino que el *usurpador*. De otro modo la disposición del Art. 730 Inc. 2 CC estaría demás, porque se ocuparía de un caso ya previsto y resuelto del Art. 728 CC.

En consecuencia, la competente inscripción es la realizada con las solemnidades legales por el funcionario competente, en el Conservador de bienes raíces respectivo, la cual tendrá la virtud de cancelar la inscripción anterior, aunque provenga del título del usurpador.

Inscripciones paralelas: *aquellas que están simultáneamente vigentes en relación a un mismo inmueble.*

Esta situación en principio no debiera ocurrir, por cuanto en nuestro país cada vez que se practica una nueva inscripción se cancela la inscripción anterior. Sin embargo,



excepcionalmente, esta situación podría verificarse, ya sea por negligencia o dolo de los funcionarios del conservador. ¿Qué inscripción debe primar?

1.- Para la teoría de la inscripción ficción, prevalece la inscripción más antigua que proceda del poseedor inscrito anterior.

2.- Para la teoría de la inscripción garantía, prevalece la inscripción que vaya acompañada de la realidad posesoria.

Presunciones en materia de posesión:

1.- *El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo* (Art. 700 Inc. 2 CC).

2.- *Si se ha comenzado a poseedor a nombre propio, se presumirá que esta posesión ha continuado hasta el momento que se alega. Si se ha comenzado a poseedor a nombre ajeno, se presume igualmente la continuación del mismo orden de cosas* (Art. 719 Inc. 1 y 2 CC).

3.- *Si alguien prueba que ha poseído anteriormente y posee actualmente, se presume haber poseído en el tiempo intermedio* (Art. 719 Inc. 3 CC).

4.- *La posesión de una cosa a ciencia y paciencia del que se obligó a entregarla, hará presumir la tradición; a menos que ésta haya debido efectuarse por la inscripción del título* (Art. 702 Inc. final CC).

5.- *La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria* (Art. 707 CC).

6.- *El error de derecho constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario* (Art 706 Inc. final).

*Salvo el último caso, todas las demás presunciones son simplemente legales.

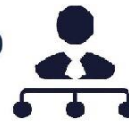
CÉDULA N° 19: LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Reglas comunes a toda prescripción (material excluido del cedulario, se recomienda su lectura)

Concepto. El Art. 2492 CC define tanto a la prescripción adquisitiva como extintiva del siguiente modo: “*la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales*”.

Clases: se desprende que la prescripción puede ser adquisitiva o *usucapión* y extintiva.

Naturaleza jurídica: La prescripción adquisitiva es un *modo de adquirir el dominio* y la prescripción extintiva un *modo de extinguir las obligaciones* –aunque en estricto rigor extingue las acciones-. De ahí que algunos autores sostienen que habría sido más lógico tratar cada una de las prescripciones en un lugar aparte: la prescripción adquisitiva dentro



de los modos de adquirir, ya que la enumera entre ellos el Art. 588; y la prescripción extintiva dentro de los modos de extinguir las obligaciones, ya que la enumera entre ellos el Art. 1567 nº 10 CC.

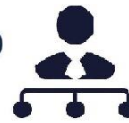
Pero, ¿por qué el legislador las reguló conjuntamente en el libro IV al final de Código? Los autores justifican la regulación conjunta en base a lo siguiente:

- 1.- El CC francés, que fue modelo del nuestro, reguló la prescripción de esta forma;
- 2.- Existen reglas comunes aplicables a ambas prescripciones (ambas deben ser *alegadas, pueden renunciarse, y corren a favor y en contra de toda clase de personas*).
- 3.- En ambas prescripciones hay un elemento común, que es el *transcurso del tiempo*.
- 4.- En ambas prescripciones hay fundamentos comunes.
- 5.- Se regula al final del Código porque ambas prescripciones tienen por finalidad *consolidar situaciones irregulares*, de manera que su posición sería una suerte de corolario.

Fundamento de la prescripción: La prescripción ha sido duramente cuestionada desde el punto de vista moral, pues pareciera no ser ético, en el caso de la prescripción adquisitiva, que una persona adquiera un bien ajeno por el sólo hecho de haberlo poseído por un lapso de tiempo, más aún si ni siquiera ha debido hacer algún desembolso. En lo que toca a la prescripción extintiva, ella también es cuestionable moralmente, pues pareciera no ser ético que un deudor deje de ser tal por el sólo hecho de no pagar durante un lapso de tiempo. Sin embargo, la prescripción encuentra su fundamento en lo siguiente:

- 1.- La prescripción es una *sanción* para el dueño negligente y para el acreedor negligente, que no ejerció oportunamente su derecho.
- 2.- Si el dueño y el acreedor no hacen valer su derecho, es de presumir que aquél tenía el ánimo de *abandonarlo* y que éste tenía el ánimo de *condonar la deuda*.
- 3.- Si una persona posee una cosa por mucho tiempo, es de presumir que es el *dueño* y si un deudor no es instado a pagar por su acreedor, es de presumir que ello es así porque *pagó*.
- 4.- Existe un interés general en la sociedad en orden a poner *fin a situaciones inciertas*, de manera que la prescripción contribuye al *principio de la seguridad o certeza jurídica*.

Reglas comunes a toda prescripción: Son básicamente tres: 1) la prescripción debe alegarse; 2) la prescripción puede renunciarse; 3) la prescripción corre a favor y en contra de toda clase de personas.



1) LA PRESCRIPCIÓN DEBE ALEGARSE. Dice el Art. 2493 que *el que quiere aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio*. El fundamento de esta regla radica en:

- 1.- El principio de pasividad que informa la actividad del juez civil.
- 2.- Que alegar la prescripción responde a un acto de consciencia.
- 3.- Que si el propio Código permite la renuncia de la prescripción, sería ilógico que el juez pudiera declararla de oficio.

Excepciones: Hay casos en que el juez puede declarar de oficio la prescripción:

1.- La prescripción de la *acción penal* y la prescripción de la *pena*, con tal de que el imputado se encuentre presente en el juicio.

2.- La prescripción de la *acción ejecutiva*. En efecto, el Art. 442 CPC señala que, presentada de la demanda ejecutiva, el juez debe examinar el título, y si este tiene más de tres años, contados desde que la obligación se hizo exigible, denegará la ejecución.

*Sin embargo, algunos autores entienden que la acción ejecutiva que emana del cheque no puede el juez declarar la prescripción de oficio, porque aquella prescribe en 1 año, y el Art. 442 CPC habla de 3 años, y como se trata de una norma de excepción, no cabe su aplicación analógica.

¿Quién puede alegar la prescripción? La prescripción debe ser alegada por el *prescribiente*. Así:

- En el caso de la prescripción adquisitiva, el prescribiente será el *poseedor*.
- En el caso de la prescripción extintiva, el prescribiente será el *deudor* (deudor propiamente tal, los codeudores solidarios y subsidiarios (fiador)).

¿Cómo se alega la prescripción?

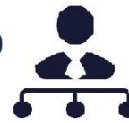
1.- Tratándose de la prescripción adquisitiva, indiscutidamente puede alegarse por vía de *acción*. Pero, *¿puede alegarse por vía de excepción?* Opiniones:

a) Algunos sostienen que sí, puesto que el Art. 310 del CPC, al regular las excepciones anómalas, se refiere a la prescripción sin distinguir.

b) Otros estiman que no, porque de razonar en base al Art. 310 CPC, la prescripción adquisitiva podría alegarse en cualquier estado del juicio hasta antes de la citación para oír sentencia en 1ra instancia, y hasta antes de la vista de la causa en 2da instancia. Y resulta que la prescripción exige una serie de requisitos que deben ser acreditados en un juicio de *lato conocimiento*.

c) La opinión ecléctica sostiene que la prescripción puede oponerse como excepción pero sólo en la *contestación de la demanda*, y en otrosí del mismo escrito, el demandado debe ejercer la acción de prescripción *demandando reconvencionalmente al demandante*. Esta es la opinión que sigue la jurisprudencia.

2.- Tratándose de la prescripción extintiva, indiscutidamente puede alegarse por vía de *excepción*. Pero, *¿puede alegarse por vía de acción?* Opiniones:



a) Tradicionalmente se pensaba que no, porque mientras el acreedor no ejerce su acción, el deudor carece de interés procesal para accionar.

b) Actualmente se entiende que sí, pero en la medida que el *deudor justifique que tiene un interés para que la prescripción de declare y se proclame*, en consecuencia, oficialmente libre. Ej.: si la deuda está caucionada con hipoteca, y el deudor desea enajenar la finca hipotecada.

2) LA PRESCRIPCIÓN PUEDE SER RENUNCIADA

Requisitos:

1.- La prescripción debe estar ***cumplida***, esto es, debe haberse cumplido el plazo de prescripción (Art. 2494 CC). De no ser así, la renuncia de la prescripción sería una cláusula habitual en todos los contratos en que hay un polo fuerte en la relación.

2.- La renuncia sólo puede hacerla una persona que tiene ***capacidad de enajenar*** (2495 CC). Y ello es así, porque la prescripción se asimila a un *acto de disposición*, o sea, un acto que importa una disminución del patrimonio, pues el poseedor estaría renunciando a adquirir un derecho y el deudor a liberarse de una deuda.

Clases de renuncia: La renuncia puede ser a) expresa; o a) tácita:

a) **Renuncia expresa:** es la que se formula en términos formales, explícitos y directos.

b) **Renuncia tácita:** se configura cuando *el que puede alegar la prescripción reconoce por un hecho suyo el derecho del dueño o del acreedor*, ej.: cuando el poseedor de la cosa la toma en arriendo, o cuando el deudor por el dinero que debe, pide paga intereses o pide plazo (Art. 2494 CC)

Inoponibilidad de la renuncia al fiador: el fiador puede oponer al acreedor la prescripción que ha sido renunciada por el principal deudor.

3) LA PRESCRIPCIÓN CORRE A FAVOR Y EN CONTRA DE TODA CLASE DE PERSONAS. Así lo dice el Art. 2497 CC, *la prescripción corre a favor y en contra del Estado, de las iglesias, municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales, y los individuos que tiene libre administración de lo suyo.*

Esta disposición es la que ha servido de fundamento para sostener que la regla general es que las acciones sean prescriptibles.

19.1.- CONCEPTO DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, FUNDAMENTOS Y CARACTERÍSTICAS COMO MODO DE ADQUIRIR.



Concepto de prescripción adquisitiva: La prescripción adquisitiva es *un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales* (Art. 2492 CC).

Fundamentos: Además de lo dicho a propósito de los fundamentos de la prescripción en general, la prescripción adquisitiva presenta peculiarmente un fundamento práctico: es sabido que en nuestro derecho la inscripción en el CBR no prueba el dominio, y entonces, como sucedía en el derecho romano, el actual poseedor, para probar su dominio, debía enfrentarse a la llamada *prueba diabólica*, esto es, acreditar el dominio de todos sus antecesores en una cadena ininterrumpida y la más de las veces infinita, bastando que uno de ellos no haya sido propietario para que el actual poseedor tampoco lo fuera.

La prescripción, entonces, subsana todos esos inconvenientes, pues basta con acompañar, por lo general, títulos de 10 años para probar el derecho que se alega.

Con todo, puede suceder que el remoto antecesor hubiera sido efectivamente dueño, pero que la prueba se haya esfumado por el largo transcurso del tiempo. Así mientras más tiempo pasa, la prueba se torna más difícil: *la memoria se oscurece, los testigos mueren, el papel se pone amarillento y la tinta se descolora*. Así, como dice un autor, *la prescripción adquisitiva es la compensación o reparación que el tiempo nos debe por la prueba que nos arrebató*.

Características como modo de adquirir:

1.- Es un *modo de adquirir originario*, porque si bien había un derecho preexistente (la cosa tenía antiguo dueño), no hay traspaso.

2.- Es un *modo de adquirir entre vivos*, porque no se precisa de la muerte de una persona.

3.- Es un *modo de adquirir a título gratuito*, porque el prescribiente no requiere hacer de ningún desembolso.

4.- Por regla general, es un *modo de adquirir a título singular*, excepcionalmente es a título universal, en el caso del derecho real de herencia.

5.- Para Alessandri, en la prescripción el título se confunde con el modo. Para Somarriva, la prescripción no se necesita de título.

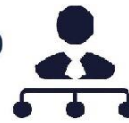
19.2.- COSAS QUE PUEDEN ADQUIRIR POR PRESCRIPCIÓN (ÁMBITO DE APLICACIÓN):

1.- *El dominio de las cosas corporales muebles e inmuebles.*

2.- *El dominio y los demás derechos reales, salvo las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes* (Art. 882 CC).

Consideraciones:

1.- Servidumbre, es un *gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño*. El que sufre el gravamen se llama predio sirviente, y el que



reporta la utilidad, predio dominante. Con respecto al predio dominante la servidumbre se llama activa, y con respecto al predio sirviente, pasiva.

1.- Las servidumbres *discontinuas* son las que se ejercen en intervalos más o menos largos de tiempo, y supone un hecho actual del hombre, como la servidumbre de tránsito.

2.- Las servidumbres *continuas* son las que se ejercen permanentemente, y no necesita de un hecho actual del hombre, como la servidumbre de acueducto.

3.- La servidumbre es *inaparente* si no se conoce por una señal exterior, como la servidumbre de alcantarillado.

4.- La servidumbre es *aparente*, si se conoce por una señal exterior, como la servidumbre de tránsito, cuando se hace por una senda o puerta destinada al tránsito.

5.- Las servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbre continuas inaparentes sólo pueden adquirirse por medio de un título y ni el goce inmemorial bastará para constituir las.

19.3.- REQUISITOS DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA:

Los requisitos son tres: 1) *que se trate de una cosa prescriptible*; 2) *que haya posesión*; 3) *el transcurso del tiempo*.

1º requisito: Que se trate de una cosa prescriptible: La regla general es que las cosas sean susceptibles de prescripción. Excepcionalmente no lo son:

a) Los derechos reales expresamente exceptuados: este es el caso de las *servidumbres discontinuas de todas clases, y las continuas inaparentes*.

b) Los *derechos personales o de crédito*, porque éstos nacen en virtud de las fuentes de las obligaciones, y la prescripción no lo es.

c) Las *cosas que están fuera del comercio humano*.

d) Las *cosas indeterminadas*, por cuanto éstas no pueden ser objeto de posesión y la posesión es otro de los requisitos para adquirir por prescripción

e) Las *cosas propias*, porque las cosas sólo se pueden adquirir por un modo, y si ya se es dueño, es porque operó otro modo.

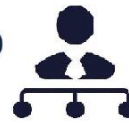
Pregunta: ¿Entre comuneros cabe o no la prescripción adquisitiva? es decir, si un comunero comienza a comportarse con ánimo de señor o dueño respecto de la cosa común, ¿puede adquirir por prescripción la cuota de los demás comuneros? Opiniones:

1.- Algunos dicen que no:

a) porque la prescripción importa una *posesión exclusiva*, y la de los comuneros no lo es, ya que cada uno posee no sólo a nombre propio, sino que también al de los demás.

b) El Art. 1317 CC dice que la partición *podrá siempre pedirse*, es decir, tal precepto consagra la imprescriptibilidad de la acción de partición.

2.- Otro dicen que sí:



a) pues si de admite que un extraño a la comunidad pueda adquirir la *toda* cosa común, con mayor razón debería admitirse que un comunero haga suya una *parte* de ese derecho, ya que el resto es una fracción suya. No parece lógico permitirle al extraño lo más y negarle al copartícipe lo menos.

b) El Art. 1317 CC sólo se refiere a los comuneros que se reconocen como tales, de manera que entre ellos siempre hay acción de partición; en cambio, los comunero que se comportan respecto del bien con ánimo de señor y dueño quedan al margen de esta norma.

3.- La posición intermedia, al parecer acogida por la jurisprudencia, admite la prescripción adquisitiva entre comuneros sólo excepcionalmente, cuando *hay un título que justifique la posesión exclusiva*, sin que baste la sola voluntad del comunero prescribiente.

Ej.: si dos herederos piden la posesión efectiva para sí, ignorando la existencia de otros, luego hacen la partición y entre uno y otro se adjudican los bienes de la sucesión. Cumpliéndose los requisitos de la *usucapión*, los herederos podrán adquirir por prescripción, ya que les servirá de título justificativo de posesión exclusiva la adjudicación; otro ejemplo: un tercero se presenta ante un comunero, atribuyéndose, sin serlo, la calidad de mandatario de los demás, y le vende la cuota de ellos. Cumpliéndose los requisitos de la *usucapión*, el comunero comprador podrá adquirir por prescripción, ya que el título justificativo de posesión exclusiva es la compraventa.

2º requisito: Que haya posesión: La expresión posesión está tomada en su sentido técnico, esto es, la del Art. 700 Inc. 1 CC. En consecuencia, no se podrá adquirir por prescripción, porque no hay posesión, en los siguientes casos:

1.- Si hay *mera tenencia*, que es aquella que se ejerce no como dueño, sino que en lugar o a nombre del dueño.

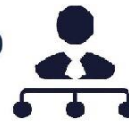
2.- Actos de *mera tolerancia*. Los actos de mera tolerancia son aquellos que confieren un goce insignificante de la cosa, sin importar un gravamen. Estos actos encuentran su fundamento en la benevolencia o condescendencia del dueño de la cosa, y en último término, en el anhelo de buena convivencia entre los hombres. Ej.: que el dueño de un predio permita que los animales del vecino pasen o pasten en él.

3.- Si hay omisión de actos de *mera facultad*. Los actos de mera facultad, son aquellos que cada uno puede ejecutar en lo suyo sin necesidad del consentimiento de otro. Ej.: si el dueño de un terreno durante muchos años dejó de construir en él, no por eso los vecinos tienen el derecho a impedirle que edifique. No podrían estos últimos, por ejemplo, alegar que desde hace más de 15 años gozaba de una vista a través del predio no edificado, y que ha adquirido por prescripción la servidumbre de vista.

Es por esta última razón que las acciones de demarcación y cerramiento son imprescriptibles.

Requisitos para que la posesión de lugar a la prescripción adquisitiva:

1.- Debe ser **útil**, esto es, no viciosa.



2.- Debe ser **ininterrumpida**, es decir, no debe haber operado ni una interrupción civil ni natural.

Interrupción de la prescripción: *es la pérdida de todo el tiempo de prescripción transcurrido, ya sea por haber cesado el poseedor en su posesión, o bien, por haber cesado el verdadero dueño en su inactividad, reclamando judicialmente su derecho.*

Clases de interrupción: Hay dos clases: A) interrupción natural; B) interrupción civil.

A) Interrupción natural: *es la pérdida de todo el tiempo de prescripción transcurrido, porque el poseedor ha cesado en su posesión, ya sea por un hecho del hombre o de la naturaleza.*

Casos en que procede (Art. 2502):

i).- ***Cuando sin haber pasado la posesión a otras manos, al poseedor se le ha hecho imposible ejercer actos posesorios.***

Comentario: El legislador da como ejemplo de este tipo de interrupción natural, *cuando una heredad ha sido permanentemente inundada*. Cabe vincular el ejemplo dado por el legislador con el Art. 653 CC, que dice que si una heredad ha sido inundada por un plazo que no pase de 5 años, vuelve a sus antiguos dueños.

A partir de ello los autores comentan que si el terreno es restituido dentro de los 5 años, se recupera la posesión, y sólo se descuenta el tiempo en que la heredad estuvo inundada. En caso contrario, se pierde definitivamente la posesión.

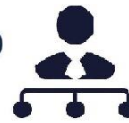
Efecto de este tipo de interrupción natural: El efecto se asemeja al propio de la suspensión, ya que no se pierde el tiempo de prescripción anterior, sino que sólo se descuenta el tiempo durante el cual fue imposible el ejercicio de los actos posesorios

ii).- ***Cuando se ha perdido la posesión por entrar en ella otra persona:***

Efecto de este tipo de interrupción natural: Aquí sí se produce el efecto propio de la interrupción: se pierde todo el tiempo que había transcurrido, salva la excepción de más abajo.

Excepción: Si se recobra la posesión mediante *acciones posesorias*, se entenderá que no ha habido interrupción.

B) Interrupción civil: *es la pérdida de todo el tiempo de prescripción porque el verdadero dueño ha cesado en su inactividad, reclamado judicialmente su derecho.*



Caso en que procede: cuando el que se pretende verdadero dueño de la cosa intenta cualquier *recurso judicial* contra el poseedor.

¿Qué se entiende por recurso judicial? Tradicionalmente se ha entendido que se refiere a la *demanda*; modernamente se señala que tal expresión debe entenderse en un sentido amplio, esto es, *a cualquier actuación judicial que dé cuenta del cese de la inactividad del verdadero dueño*, ej.: la solicitud de una medida prejudicial precautoria.

Casos en que el recurso judicial no interrumpe la prescripción: Si la demanda no ha sido notificada legalmente, si el demandante se desiste de la demanda, si se declara abandonado el procedimiento, si se dicta sentencia absolutoria.

Efecto de la interrupción civil Se produce el efecto propio de la interrupción, esto es, hace perder todo el tiempo de prescripción transcurrido.

¿Quién puede alegar la interrupción de la prescripción? Hay que distinguir entre:

- 1) Interrupción natural: la puede alegar todo aquel que tenga interés en ello.
- 2) Interrupción civil: sólo puede alegarla la persona que ha ejercido el recurso judicial, a menos que la cosa pertenezca a una comunidad, en cuyo caso cualquiera de los comuneros podrá alegar la prescripción, y ésta aprovechará a todos.

3º requisito: Transcurso del tiempo:

Consideraciones:

1.- Para el cómputo de los plazos se aplican las reglas generales de los Arts. 48, 49 y 50 CC, esto es:

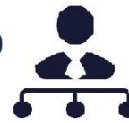
- a) los plazos deben ser de días completos, y se cuentan de media noche a media noche.
- b) los plazos deben ser continuos, es decir, corre sin interrupción incluyendo los domingos y feriados.

2.- El prescribiente puede agregar a su posesión el tiempo de su antecesor o antecesores, para el caso en que por sí no cuente con el plazo suficiente para hacer operar la prescripción, pero si así lo decide, la agregación se hará con las cualidades y vicios de las posesiones anteriores.

¿Cuál es el plazo de prescripción? Hay que distinguir: 1) según se trate de la prescripción adquisitiva del dominio; 2) o de la prescripción adquisitiva de los demás derechos reales.

19.4.- CLASES DE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA:

La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria:



I) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA ORDINARIA: *aquella que procede cuando hay posesión regular, esto es, aquella que proviene de un justo título y ha sido adquirida de buena fe, y si el título era translativo de dominio, ha mediado la tradición.* El plazo de prescripción ordinaria es distinto según se trata de una cosa mueble o inmueble:

- Si se trata de una cosa mueble, el plazo es de **2 años**.
- Si se trata de una cosa inmueble, el plazo es de **5 años**.

Suspensión de la prescripción: La suspensión de la prescripción es un *beneficio que la ley otorga a ciertas personas, y en cuya virtud no corre en su contra el plazo de prescripción adquisitiva mientras subsista la incapacidad o la circunstancia tomada en cuenta por el legislador para establecer el beneficio.*

Fundamento: Esta figura encuentra su fundamento en el adagio “*al impedido no le corre plazo*”, pues sería injusto que corriera el tiempo de prescripción en contra de personas que se encuentran en la imposibilidad de hacer valer sus derechos.

¿A favor de quienes se suspende la prescripción? De acuerdo al Art. 2509, la prescripción se suspende a favor de las siguientes personas:

1.- A favor de los incapaces. En estos casos lo lógico es que el representante legal interrumpa la prescripción, pero si no lo hace, sea por negligencia o desidia, la ley auxilia al incapaz estableciendo la suspensión.

2.- A favor de la mujer casada en régimen de sociedad conyugal. Se explica tal suspensión porque aun cuando la mujer es casada en SC es hoy plenamente capaz, ella no administra sus bienes propios, sino que tal administración le corresponde al marido. En consecuencia, en este caso lo lógico es que el marido interrumpa la prescripción, pero si no lo hace, sea por negligencia o por desidia, la ley auxilia a la mujer estableciendo la suspensión.

No se suspende la prescripción a favor de la mujer separada judicialmente, ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra.

3.- A favor de la herencia yacente: El Art. 2509 dice que la suspensión ordinaria se suspende a favor de las siguientes *personas*, lo que ha llevado a algunos autores a sostener que la herencia yacente es una persona jurídica, pero ello no es así. Según el Art. 1240 CC, herencia yacente es *aquella cuyos herederos han dejado transcurrir un plazo de 15 días, contados desde la apertura de la sucesión, sin haberla aceptado y sin que haya albacea con tenencia de bienes.* Todavía más, el Art. 2346, ubicado a propósito de la fianza, señala que *se puede afianzar a una persona jurídica y a la herencia yacente, lo que confirma el hecho de que ella no es persona.*

En definitiva, la suspensión ha sido establecida a favor de los herederos, que han dejado transcurrir los 15 días sin haber aceptado la herencia, pues el legislador teme que el curador no interrumpa la prescripción.



4.- La prescripción se suspende *siempre* entre cónyuges. Y esto se explica por las siguientes razones:

- a) El legislador busca preservar la *armonía conyugal*.
- b) Si los *cónyuges están casados en sociedad conyugal*, el marido tiene el usufructo legal sobre los bienes de la mujer; y sabemos que el usufructuario es un mero tenedor. Luego, los títulos de mera tenencia no habilitan para adquirir por prescripción.
- c) Si los cónyuges están casados en sociedad conyugal, corresponde al marido interrumpir la prescripción que corre contra su mujer, y si él fuera prescribiente, resulta lógico que jamás interrumpiría la prescripción.
- d) El legislador *prohíbe las donaciones irrevocables entre cónyuges*, de manera que si se permitiera la prescripción entre cónyuges, ésta prescripción podría estar encubriendo una donación irrevocable, pues bastaría la mera pasividad de uno para que el otro adquiriera por prescripción el bien donado subrepticamente.

Pregunta: ¿*Qué quiso decir el legislador al utilizar la expresión “siempre”?*

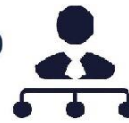
1.- Algunos autores entienden que entre cónyuges se suspende tanto en la prescripción ordinaria como en la extraordinaria. Argumentan del siguiente modo:

- a) El Art. 2511 CC, señala que la prescripción extraordinaria no se suspende a favor de las personas enumeradas en el Art. 2509 CC, y resulta que la suspensión entre cónyuges no está enumerada en ese precepto, sino que la contempla un inciso aparte (el inciso final).
- d) *Donde existe la misma razón debe existir la misma disposición:* las razones que ha tenido el legislador para suspender la prescripción ordinaria también militan respecto a la prescripción extraordinaria.

Estos argumentos son criticados por otros autores, pues se dice que el legislador empleó la expresión “*enumeradas*” como sinónimo de indicadas, referidas o enunciadas, y no en el sentido de señaladas con números; y que no cabe aquí el argumento aducido de que donde hay la misma razón debe haber la misma disposición, porque el Art. 2509 constituye un beneficio que la ley otorga a ciertas personas, y es, por tanto, una disposición excepcional que debe interpretarse en forma estricta.

2.- Otros autores sostienen que las palabras “*siempre entre cónyuges*”, debe interpretarse en relación al inciso anterior, que señala que la prescripción no se suspende a favor de la mujer separada judicialmente de su marido ni de la sujeta al régimen de separación de bienes, respecto de aquellos que administra. Se dice que, entre cónyuges, la prescripción se suspende siempre cualquiera sea el régimen patrimonial del matrimonio; en cambio, respecto de terceros, la prescripción no se suspende en los casos señalados en el referido inciso.

Efectos de la suspensión de la prescripción. Se detiene el plazo de prescripción durante todo el tiempo que dure la incapacidad o la otra circunstancia, y una vez que ésta cesa, el



plazo vuelve a correr. La suspensión, a diferencia de la interrupción, no borra el plazo de prescripción, sino que simplemente le abre un paréntesis.

Diferencias entre la interrupción y la suspensión de la prescripción:

1.- La interrupción se produce por un hecho del hombre o por un fenómeno de la naturaleza; la suspensión se produce por la *sola disposición de la ley*, es decir, *opera de pleno derecho*.

2.- La interrupción puede ser alegada por cualquier persona que tenga interés en ella, cuando la interrupción es natural; y el que entablado el recurso judicial, cuando es civil; siendo la suspensión un beneficio excepcional, sólo puede alegarla *aquél en cuyo favor se encuentra establecida*.

3.- Los efectos de ambas son diversos: la interrupción hace perder todo el tiempo transcurrido; la suspensión sólo hace *descontar el tiempo que ha durado la causa de la suspensión*.

4.- La interrupción se aplica tanto en la prescripción ordinaria como extraordinaria; la suspensión sólo se aplica en la prescripción ordinaria.

2) PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA EXTRAORDINARIA: Es *aquella que procede cuando hay posesión irregular, esto es, aquella a la que le falta algún requisito de la posesión regular*. El plazo de prescripción extraordinaria es de **10 años**, trátase de bienes muebles o inmuebles.

Reglas de la prescripción adquisitiva extraordinaria: El Art. 2510 CC establece las siguientes reglas:

1.- La prescripción extraordinaria no requiere de título alguno. Los autores comentan que estas expresiones no son precisas, por cuanto lo que no se requiere en la prescripción extraordinaria es un *justo título*, porque de todas formas se necesitará de un título que justifique la posesión.

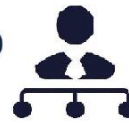
2.- Se presume de derecho la buena fe, aunque falte un título adquisitivo de dominio. Los autores comentan que estas expresiones tampoco son precisas, porque en realidad *no es necesaria la buena fe*, ya que esta es un requisito de la posesión regular, que conduce a la prescripción ordinaria.

3.- La existencia de un título de mera tenencia hace presumir la mala fe y no dará lugar a la prescripción, a menos que concurren dos circunstancias

a) Que el que se pretende dueño no pueda probar que en los últimos 10 años se haya reconocido expresa o tácitamente su dominio por el que alega la prescripción;

b) Que el que alega la prescripción pruebe haber poseído sin violencia, clandestinidad ni interrupción por los últimos diez años.

Problema: De acuerdo al Art. 716 CC, la mera tenencia es *inmutable o indeleble*, esto es, no muda en posesión por el sólo transcurso del tiempo, salvo el caso del Art. 2510 regla 3ra.



Pero se dice que realmente este no es un caso de excepción al carácter de inmutable de la mera tenencia, puesto que, si bien es efectivo que ella ha mudado en posesión, ello no se ha producido por el sólo transcurso del tiempo, sino que porque el que comenzó como mero tenedor actúa ahora como *señor y dueño de la cosa* y porque –esto es lo importante– *ha habido negligencia por parte del dueño*, que no ha podido probar que se le ha reconocido su dominio en el tiempo señalado.

Comentario: Algunos autores dicen que el Art. 2510 regla 3ra no se podría aplicar a los inmuebles inscritos, porque según el Art. 2505 CC *la prescripción adquisitiva contra bienes raíces inscritos sólo procede en virtud de otro título inscrito*, y como el mero tenedor no puede inscribir su título, nunca podría adquirir por prescripción

Semejanzas entre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria:

- 1.- Ambas conducen a la adquisición del dominio;
- 2.- Ambas requieren de una cosa prescriptible; de que haya posesión, y del transcurso del tiempo.
- 3.- En ambas opera la interrupción de la prescripción.
- 4.- En ambas se aplican, para el cómputo de los plazos, las reglas de los arts. 48, 49 y 50 CC.

Diferencias entre prescripción adquisitiva ordinaria y extraordinaria:

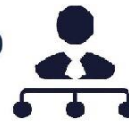
- 1.- La prescripción ordinaria proviene de la posesión regular, mientras que la posesión extraordinaria proviene de la posesión irregular.
- 2.- En una y otra el transcurso del tiempo es diferente. En la prescripción ordinaria se requiere de 2 años, tratándose de muebles, y de 5 años, en el caso de inmuebles. En la prescripción extraordinaria, el plazo es siempre de 10 años.
- 3.- Sólo en la prescripción ordinaria opera la suspensión.

PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE LOS DEMÁS DERECHO REALES:

Regla general: Se aplican las mismas reglas que las de la prescripción adquisitiva del dominio.

Excepciones (Art. 2512 CC)

1.- **Situación del derecho real de herencia:** Por regla general, se adquiere por la prescripción adquisitiva extraordinaria de **10 años**. Sin embargo, hay una situación especial tratándose del *heredero putativo*, a quien por decreto judicial o por resolución administrativa se le ha concedido la posesión efectiva, ese decreto o resolución le servirá de *justo título*, y de acuerdo al Art. 1269 CC, el plazo de prescripción será de **5 años**.



Pregunta: ¿la prescripción del heredero putativo es una prescripción ordinaria o extraordinaria?

Los autores entienden que se trata de una prescripción ordinaria, por las siguientes razones:

1.- Si el Art. 2512 CC califica de extraordinaria la prescripción de 10 años, debe entenderse que la de 5 es ordinaria.

2.- El decreto judicial o resolución administrativa le sirve al heredero putativo como justo título, y resulta que el justo título es un requisito de la posesión regular, la cual conduce a la prescripción adquisitiva ordinaria.

*Para la profesora Prado se trataría más bien de una *prescripción especial*.

2.- Situación del derecho real de censo: Se adquiere por la prescripción extraordinaria de **10 años**.

3.- Situación de las servidumbres activas: Aquí está el Art. 882 CC, el cual establece dos reglas:

a) las *servidumbres discontinuas de todas clases y las servidumbres continuas inaparentes* **no** pueden adquirirse por prescripción (sólo pueden adquirirse por un título; ni aún el goce inmemorial bastará para constituir las).

b) Sólo las *servidumbres continuas y aparentes* pueden adquirirse por prescripción de **5 años** (o bien, por título).

Efectos de la prescripción adquisitiva:

1.- Efecto principal: el prescribiente adquiere el dominio o el otro derecho real, según sea el caso.

2.- La prescripción opera con *efecto retroactivo*, esto es, se entiende que el prescribiente era dueño de la cosa desde que entró en posesión de ella.

3.- Si la prescripción recae sobre bienes raíces o derecho reales constituidos en ellos, la sentencia judicial que la declara hará las veces de *escritura pública*, a fin de inscribirla en el CBR Sin esta inscripción, la prescripción es inoponible a terceros (Art. 2513 CC).